

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

EXECUÇÃO E TUTELA CAUTELAR NA GARANTIA AUTÓNOMA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
MESTRADO FORENSE
VERTENTE CIVIL E EMPRESARIAL.

NUNO MARTINS BATISTA

ORIENTADOR: DR. PAULO CÂMARA

LISBOA
02 DE MAIO DE 2011

À Faculdade de Direito da Universidade
Católica Portuguesa, ao Dr. Paulo Câmara,
e ao Dr. Luís Nobre Guedes, meu Patrono.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I – NOÇÕES PRELIMINARES	7
1. Noção.	7
2. Breve perspectiva histórica: origem e evolução da figura.	8
3. Consagração legal, tipicidade social e jurisprudencial e tentativa de uniformização do regime.	11
4. Relevância prática: vantagens na utilização da figura.	14
CAPÍTULO II – DA CARACTERIZAÇÃO GERAL	16
1. Estrutura: relações jurídicas envolvidas.	16
1.1. Relação entre o devedor/ordenante e o garante.	17
1.1.1. Deveres do garante face ao ordenante decorrentes do contrato de mandato.	19
1.2. Relação entre o garante e o credor do contrato-base/beneficiário.	20
2. Características da garantia bancária autónoma.	21
2.1. Característica fundamental: a autonomia.	21
2.2. Característica eventual: a automaticidade.	24
CAPÍTULO III – DA EXECUÇÃO DA GARANTIA	25
1. Solicitação da soma objecto da garantia.	25
2. Deveres do garante face ao ordenante em virtude e aquando	25

da solicitação.	
2.1. Dever de informação.	25
2.2. Dever de verificação da regularidade da solicitação.	27
2.3. Deveres de pagamento e de recusa da soma objecto da garantia.	28
3. A excepção de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário.	32
 CAPÍTULO IV – DA TUTELA CAUTELAR NO ÂMBITO DA GARANTIA AUTÓNOMA	 37
1. Admissibilidade do recurso a uma providência cautelar por parte do ordenante.	37
2. Tutela cautelar no caso de solicitação abusiva ou fraudulenta do beneficiário.	42
3. Tipos de providências cautelares requeridas pelo devedor/ordenante.	45
3.1. Providência cautelar destinada a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ou que o iniba de exigir o reembolso.	45
3.2. Providência cautelar destinada a impedir o beneficiário de solicitar ou de receber a soma objecto da garantia.	46
 CONCLUSÃO	 48
BIBLIOGRAFIA	51
TABELA DE ABREVIATURAS	54

INTRODUÇÃO

O objecto de análise do presente estudo prende-se com a garantia autónoma, que foi considerada, pelo Juiz inglês KERR, numa expressão que ficou célebre, *the lifeblood of international commerce*. De facto, em virtude das suas características próprias, nomeadamente no confronto com a garantia pessoal paradigmática e tradicionalmente mais utilizada na prática - a fiança - a garantia autónoma tem vindo a assumir um papel cada vez mais relevante na concretização de contratos quer no plano interno como, e especialmente, no comércio internacional, facto que despertou a nossa curiosidade verificada a actualidade e relevância da figura.

O tema que nos propusemos desenvolver, a execução e tutela cautelar na garantia autónoma, encerra, segundo entendemos, uma especificidade no que respeita ao seu tratamento: exige que se percorra um caminho para sua melhor compreensão.

Assim, afigura-se-nos fundamental começar por precisar aquilo que se entende por garantia autónoma, passando pela sua origem e evolução, finalizando esta primeira parte com a justificação da relevância prática da figura.

De seguida, em jeito de concretização geral, analisar-se-á a sua estrutura, em particular, as relações jurídicas decorrentes da utilização desta garantia pessoal, cumprindo ressaltar que não nos debruçaremos sobre a garantia autónoma indirecta em que o esquema é bastante mais complexo por força da intervenção de uma quarta entidade, o banco intermediário do país do beneficiário. Trataremos, para finalizar este capítulo, das principais características, uma eventual, a outra fundamental, da garantia e as consequências que daí advêm.

Lançados os alicerces que sustentam a garantia que ora nos ocupa, numa terceira fase trataremos da questão da execução da garantia. Começaremos pela solicitação da soma objecto da garantia, mediante a qual o garante se constituirá devedor da referida soma e o beneficiário titular do correspondente direito de crédito e avançaremos para uma referência aos deveres a cargo do garante face ao devedor do contrato-base, seu mandante,

desenvolvendo com mais pormenor os deveres de pagamento e de recusa da soma objecto da garantia. Por fim, dedicaremos um ponto à excepção de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário que configura um verdadeiro limite à autonomia da garantia autónoma.

Percorrido este caminho, estarão criadas as condições para tratar da questão da tutela cautelar no âmbito da garantia autónoma. Começaremos por averiguar da admissibilidade do recurso, por parte do ordenante, a uma providência cautelar, dando conta das várias orientações a este respeito. De seguida, entraremos na tutela cautelar em caso de solicitação abusiva ou fraudulenta do beneficiário e concluiremos com os tipos de medidas de natureza cautelar ao dispor do devedor/ordenante.

CAPÍTULO I

NOÇÕES PRELIMINARES

1. Noção.

Antes de mais, para fixar com nitidez o objecto de análise, afigura-se-nos essencial adiantar uma noção de garantia autónoma. De entre as várias que têm sido propostas pela doutrina apoiamo-nos naquela que a refere como *“um tipo de garantia que, na fórmula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada ao beneficiário da garantia, quando este provar o incumprimento de uma determinada obrigação pelo terceiro, neste caso devedor, ou, noutra modalidade, quando o beneficiário simplesmente o interpelar para tal”*¹.

Podemos constatar, através da definição *supra* referida, que a garantia autónoma é particularmente apta a garantir o cumprimento de uma obrigação, sendo essa a sua função mais comum, embora seja admissível que possa *“assegurar um resultado diferente do cumprimento de uma obrigação, nomeadamente que um determinado bem tem uma certa qualidade ou rendimento, ou a cobertura do risco de certos empreendimentos”*².

A garantia autónoma é também conhecida por garantia bancária³ e por garantia automática, “à primeira solicitação” ou *“on first demand”*. Dois esclarecimentos: em primeiro lugar, a expressão garantia bancária generalizou-se na medida em que, em regra, as garantias autónomas são prestadas por instituições bancárias⁴, embora não esteja excluída a possibilidade de serem prestadas por outras entidades, nomeadamente, companhias de seguros; em segundo lugar as expressões garantia automática, “à primeira solicitação” ou *“on first demand”* não servem para identificar, com precisão, a figura da garantia autónoma na

¹ FRANCISCO CORTEZ, “A garantia bancária autónoma – Alguns problemas”, *ROA*, Ano 52, Julho de 1992, p. 517.

² *Idem*, p. 531.

³ Expressão que utilizaremos ao longo da nossa exposição como sinónimo de garantia autónoma.

⁴ Que podem prestar, para além de garantias autónomas, outras garantias como a fiança bancária, o penhor bancário ou o crédito documentário.

medida em que traduzem apenas uma modalidade da mesma, ou melhor, uma espécie dentro do género garantia autónoma e que se distingue da garantia (autónoma) simples.

A garantia autónoma insere-se na categoria das garantias pessoais, uma das modalidades de garantias especiais, que se caracterizam por serem aquelas em que outra(s) pessoa(s), para além do devedor, respondem com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação.

Em virtude das suas características, nomeadamente no confronto com a garantia pessoal paradigmática – a fiança –, a garantia bancária vem assumindo um papel fundamental na concretização de contratos tanto no comércio interno como, e especialmente, no comércio externo. Surge frequentemente “associada” a contratos de empreitada, de *engeneering*, de fornecimento e de cooperação industrial, negócios jurídicos que, de forma preponderante num contexto internacional, se caracterizam por serem “*contratos vultuosos, de execução relativamente demorada, entre empresas que não têm um seguro conhecimento recíproco e uma total confiança mútua*”⁵.

2. BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA: ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FIGURA.

Seguindo de perto o ensinamento de ALMEIDA COSTA, PINTO MONTEIRO⁶ e GALVÃO TELLES⁷, foi RUDOLF STAMMLER quem lançou as bases da figura que hoje conhecemos como garantia autónoma. Este autor configurou como admissíveis, ao lado dos contratos de garantia acessórios de uma obrigação principal (como, por exemplo, a fiança e o mandato de crédito) os contratos de garantia autónomos da obrigação principal, ou seja, independentes da relação garantida, fontes de uma obrigação autónoma, cujo fundamento decorre da autonomia privada (contrato de garantia – *Garantievertrag*).

⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “*Garantia bancária autónoma*”, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1991, p. 17.

⁶ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, “Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, T. 5, p. 15 e ss.

⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 18, nota 1.

Ainda segundo ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, o surgimento desta nova figura fruto da autonomia privada – o *Garantievertrag* – permitiu à doutrina e jurisprudência germânicas fundamentar juridicamente certas situações que não correspondiam aos esquemas clássicos, sobretudo da fiança, como acontecia com aqueles negócios jurídicos em que uma parte “*garantia um certo resultado, ou em que o garante renunciava previamente a invocar as exceções respeitantes ao devedor principal*”⁸.

Com o desenvolvimento do comércio no plano internacional, em especial, a partir da II Guerra Mundial, intensificou-se o recurso à garantia autónoma, por um lado, devido à complexidade, lentidão, elevados custos e frequente ineficácia das acções contratuais disponibilizadas às partes para fazerem valer os seus direitos⁹ e, por outro, devido às debilidades das garantias tradicionais, em concreto, da fiança. De facto, estando em causa relações à escala internacional, agravam-se os riscos económicos, políticos e técnicos inerentes a operações comerciais tendencialmente complexas, entre contraentes que frequentemente se desconhecem, surgindo a necessidade de prestação de garantias. De entre as garantias especiais das obrigações, as garantias reais, como o penhor e a hipoteca, tradicionalmente as mais utilizadas, apresentavam a desvantagem de sujeitar o credor a um mecanismo complexo e pouco célere de realização do seu crédito sendo muitas vezes necessária a intervenção do Tribunal¹⁰. Como ensina MENEZES CORDEIRO¹¹, o comércio internacional, não se compadecendo com os procedimentos menos céleres que presidem ao comércio interno, veio, assim, e em detrimento das garantias reais, mostrar uma preferência clara pelas garantias pessoais, constituindo a fiança o exemplo paradigmático. Acontece, porém, que em nada convinha à entidade garantida ficar sujeita à aplicação das regras da fiança, que é prejudicada, em termos de eficácia, pela sua característica fundamental, a acessoriedade face à obrigação garantida. Foi neste contexto que o *Garantievertrag* assumiu um papel de relevo na prática comercial internacional, em virtude da autonomia que o caracteriza e torna inoponíveis ao beneficiário as excepções decorrentes da relação de base - aquela que se constitui entre o devedor (ordenante da garantia) e o credor (beneficiário da

⁸ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 18.

⁹ Acompanhamos FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 518.

¹⁰ CASTELO BRANCO, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1993, p. 70.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, “*Manual de direito bancário*”, 3ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, p. 636.

garantia) -, como a “*nulidade do contrato resultante, por exemplo, da violação de regras imperativas do ordenamento a que pertence o devedor*” ou a “*sobrevinda impossibilidade de cumprimento do contrato*”¹².

O contrato de garantia – *Garantievertrag* – veio posteriormente dar origem à figura da *Bankgarantie*, definida como “*o contrato unilateral destinado, em regra, a garantir a prestação de terceiro perante o credor beneficiário, em termos de assegurar a este último que receberá sempre a prestação ou a soma contratualmente estabelecida, e isto não só em caso de incumprimento do terceiro, mas igualmente quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou posteriormente impossível*”¹³.

As mesmas razões que presidiram à criação desta nova garantia – segurança e celeridade do comércio internacional – impuseram a sua evolução. E essa evolução traduziu-se na introdução da chamada cláusula “à primeira solicitação”, “à primeira interpelação” ou “*on first demand*”¹⁴. Uma vez estipulada esta cláusula, surge na esfera jurídica do garante a obrigação de pagar a quantia estabelecida com base num simples pedido do beneficiário, efectuado nos termos previamente acordados, estando-lhe vedada a possibilidade de invocar excepções decorrentes da relação de base entre o ordenante e o beneficiário. A novidade está no facto de o beneficiário não ter de provar, aquando da execução da garantia perante o banco, os pressupostos que condicionam o seu direito, ou seja, o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato celebrado entre o ordenante da garantia e o beneficiário da mesma, evitando-se possíveis (e prováveis!) atrasos no pagamento da soma estipulada. Como ensinam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, referindo-se à cláusula “*on first demand*”, “*consegue-se deste modo uma segurança total: não só a garantia se desliga (porque autónoma) da relação principal (entre o beneficiário e o devedor), como igualmente se elimina o risco de litigância sobre a ocorrência ou não dos pressupostos que legitimam o pedido de pagamento feito pelo beneficiário*”¹⁵. Esta cláusula, além de se coadunar perfeitamente com as exigências de segurança e celeridade do comércio internacional é

¹² ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob.cit.*, *loc. cit.*, p. 18.

¹³ Definição que ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO atribuem a SCHINNERER/AVANCINI na obra mencionada na nota anterior.

¹⁴ Esta cláusula é apenas eventual e não constitui um elemento fundamental da garantia (bancária) autónoma.

¹⁵ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 18.

também bastante mais favorável para o banco garante que nenhum interesse tem em imiscuir-se na relação entre o ordenante e o beneficiário, preservando assim o seu prestígio ou “*standing*” internacional. Nestes casos, perante a correcta solicitação por parte do beneficiário, o banco vê-se obrigado a disponibilizar prontamente a soma estipulada, “*com a consequência, favorável para o garante, de não ter de averiguar do bem ou mal fundado da execução da garantia*”¹⁶.

Para finalizar este ponto cabe referir que a utilização das garantias bancárias se intensificou a partir de 1973 - altura em que se verificou um acentuado aumento dos preços do petróleo - face à exigência, por parte dos países produtores de petróleo, da prestação de garantias por parte dos agentes económicos estrangeiros, especialistas nas suas áreas de negócio, com quem haviam celebrado contratos de diversa índole (contratos de compra e venda, construção, fornecimento, etc). Neste contexto, assistiu-se à ampla divulgação da garantia autónoma como instrumento particularmente apto à defesa dos credores/importadores do contrato-base¹⁷.

Foi, em termos gerais, esta a origem e evolução de uma figura que é hoje largamente utilizada no comércio internacional, seu campo de eleição *ab initio*, e até no comércio interno que não ficou alheio às vantagens da garantia bancária autónoma, actualmente considerada como a mais segura, célere e eficaz das garantias.

3. CONSAGRAÇÃO LEGAL, TIPICIDADE SOCIAL E JURISPRUDENCIAL E TENTATIVA DE UNIFORMIZAÇÃO DO REGIME.

Segundo o que nos foi possível determinar, a garantia autónoma, no continente Europeu, não é, actualmente, objecto de tratamento legislativo.

¹⁶ FÁTIMA GOMES, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, *Direito e Justiça*, V. VIII, Tomo 2, 1994, p. 124.

¹⁷ MÓNICA JARDIM, “A *garantia autónoma*”, Coimbra, Almedina, 2002.

Em certos países Árabes como é o caso do Bahrein, Koweit, Irak e República Democrática e Popular do Yémen, a garantia autónoma é regulada através de legislação *ad hoc* e na Arábia Saudita através das “*Tender Regulations*”, que são circulares governamentais¹⁸.

Tendo em conta o que foi acima exposto, podemos considerar que a garantia bancária autónoma constitui um negócio legalmente atípico mas social e jurisprudencialmente típico, aceite como válido pela generalidade das ordens jurídicas mais importantes. Em Portugal, a celebração e admissibilidade do contrato de garantia autónoma entroncam no princípio do artigo 405.º do CC.

No caso do Canadá e dos Estados Unidos da América a situação afigura-se algo diferente. Nestes países, existe uma proibição sobre os bancos e instituições com funções similares de emissão de garantias autónomas. Como ensina SIMÕES PATRÍCIO, esta proibição não se traduz no facto de os bancos destes países não prestarem garantias de cumprimento de obrigações de terceiros, fazendo-o através de outro expediente jurídico, as “*standby letters of credit payable upon simple demand*”, chegando ao mesmo resultando que se obtém com a prestação de uma garantia bancária autónoma¹⁹.

Com o intuito de impedir as incompatibilidades das soluções vigentes nos vários ordenamentos jurídicos nacionais, evitando assim a insegurança das complexas relações desenvolvidas no seio do comércio internacional, têm-se desenvolvido esforços, concretizados em trabalhos de diversas instituições, no sentido da criação de regras uniformes aplicáveis às garantias contratuais, em especial, às garantias (bancárias) autónomas.

Neste sentido, a Comissão da Comunidade Económica Europeia elaborou em 1979 um Projecto de Directiva, baseado num estudo comparativo sobre a fiança realizado pelo *Max-Planck-Institut*, com vista à harmonização do direito aplicável às principais garantias pessoais, projecto esse que nunca foi aprovado e que foi criticado, entre nós, por FRANCISCO CORTEZ, fundamentalmente dada a eventual aplicação subsidiária das regras da fiança.²⁰

¹⁸ CLAUDE MARTIN, “Les garanties bancaires autonomes”, Extrait du “*Répertoire pratique du droit belge – complément*”, t. VII, Bruylant Bruxelles, 1991, p. 28 (*apud* MÓNICA JARDIM, *ob.cit.*, *loc. cit.*, p. 21).

¹⁹ SIMÕES PATRÍCIO, “Preliminares sobre a garantia “on first demand”, *ROA*, Ano 13, Dezembro de 1983, p. 684 e 685.

²⁰ FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 704 e 705.

A CCI em conjunto com a CNUDCI aprovou, em 1978, as “*Regras Uniformes Relativas às Garantias Contratuais*”²¹ e, em 1982, as “*Fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais*”, igualmente votadas ao insucesso no que respeita à sua utilização para regular a garantia autónoma na medida em que não tratam da modalidade automática desta garantia²² e porque subsistem dúvidas sobre se a garantia nelas referida não é uma garantia acessória. Para fazer face a estas questões, a Câmara de Comércio Internacional aprovou, em 1991, um novo texto, publicado em 1992, conhecido pela designação “*Uniform Rules for Demand Guarantees*”²³. Cabe referir que estas novas regras, aplicáveis apenas às garantias autónomas “à primeira solicitação” e aptas a regular, por excelência, as garantias prestadas no âmbito de operações à escala internacional têm, à semelhança das anteriores, natureza meramente supletiva, ou melhor, não assumem carácter obrigatório, podendo as partes optar por adoptá-las nos seus contratos ou não. Fruto da aceitação generalizada, por parte dos agentes do comércio internacional, das regras de 1991, a Câmara de Comércio Internacional aprovou, no dia 3 de Dezembro de 2009, uma nova versão das “*Uniform Rules for Demand Guarantees*”²⁴, tendo esta nova versão entrado em vigor no dia 1 de Julho de 2010²⁵.

Por fim, cabe fazer referência à Convenção CNUDCI, aprovada em 11 de Dezembro de 1995, denominada “Convenção sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *Stand-by*”. A principal diferença entre este conjunto de regras e aquelas aprovadas pela CCI é que, enquanto estas últimas têm carácter convencional, as primeiras são de natureza legal, “*tendo como um dos principais desafios, na opinião de ALBERTO GIAMPIERI, a sua articulação com as Regras da CCI de 1992*”²⁶.

²¹ Publicação n.º 325 da Câmara de Comércio Internacional.

²² Estamos a referir-nos à garantia autónoma “*on first demand*”.

²³ Publicação n.º 458 da Câmara de Comércio Internacional.

²⁴ Nas palavras do Secretário-geral da Câmara de Comércio Internacional, “*The new URDG are the result of an ambitious project to create a new set of rules for the 21st century that is clearer, more precise, and more comprehensive, offering the fairest balance yet between the parties’ competing interests and doing so in innovative ways.*”.

²⁵ Seria interessante verificar as principais alterações face às anteriores regras adoptadas em 1991, porém não é esse o objecto de estudo do nosso trabalho.

²⁶ SEQUEIRA RIBEIRO, “A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: Algumas Questões”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Direito Bancário, p. 334.

4. RELEVÂNCIA PRÁTICA: VANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DA FIGURA.

Como já tivemos oportunidade de referir, a garantia autónoma surgiu como uma consequência das necessidades do comércio internacional. De facto, as garantias tradicionais revelaram-se, num contexto em que são celebrados contratos de execução complexa, entre agentes sem grande conhecimento mútuo e que envolvem avultadas somas de capital, ineficazes e inoperantes: *“a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade; o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia e o depósito de valores que se revela, pelo congelamento de riqueza que implica, um instrumento claramente anti-económico”*²⁷.

Na prática, os contraentes, procurando evitar processos judiciais tendentes à resolução de conflitos relacionados com a existência, validade ou o cumprimento das obrigações e pretendendo afastar a *“complexidade, a lentidão, os custos e a duvidosa operacionalidade do procedimento judiciário internacional”*²⁸, passaram a exigir a emissão de uma garantia segura, célere e exigível independentemente das vicissitudes da relação principal - ou seja, aquela que se institui entre o devedor e o credor, simultaneamente beneficiário da garantia –, neste caso prestada por um banco de sólida reputação internacional.

Ao prestar uma garantia autónoma, o garante assegura a verificação de um determinado resultado, regra geral o cumprimento pontual e correcto da obrigação do devedor, não se obrigando, contudo, a produzir esse mesmo resultado mas responsabilizando-se pelo risco da sua não produção. O garante, através de uma obrigação própria, autónoma e irrevogável, obriga-se a entregar, verificadas certas circunstâncias, uma quantia pecuniária determinada e não a cumprir a obrigação a cargo do devedor²⁹.

No que respeita a vantagens desta figura, destacamos desde logo a inoponibilidade, pelo garante ao beneficiário, das excepções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante, o que confere ao credor a

²⁷ FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 704 e 705.

²⁸ *Idem*, p. 518.

²⁹ *Idem*, p. 585.

segurança de que receberá a soma objecto da garantia não obstante possíveis controvérsias existentes da relação que estabeleceu com o devedor, mesmo nos casos de incumprimento inimputável ao devedor (consoante o contrato de garantia assim o preveja).

Por outro lado, o beneficiário da garantia não tem de fazer prova da extensão dos danos sofridos na medida em que, fixando-se previamente a soma a entregar pelo garante, opera-se, desta forma uma liquidação prévia do dano³⁰.

Caso estejamos na presença de uma garantia autónoma à qual tenha sido aditada a cláusula de pagamento “*on first demand*”, como já acima referimos, o beneficiário pode solicitar a quantia que lhe é devida sem necessidade de provar, aquando da execução da garantia perante o banco, os pressupostos que condicionam o seu direito, “*pois é o devedor do contrato-base/dador da ordem que tem o ónus de provar e que, caso esteja descontente com o pagamento da garantia, se vê obrigado a actuar judicial ou extrajudicialmente*”³¹.

³⁰ MÓNICA JARDIM, *ob.*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 39.

³¹ *Ibidem*.

CAPÍTULO II

DA CARACTERIZAÇÃO GERAL

1. *ESTRUTURA: RELAÇÕES JURÍDICAS ENVOLVIDAS.*

Através da definição *supra* mencionada de garantia autónoma, podemos facilmente destacar, em torno desta figura, a existência de três relações jurídicas distintas³²: a relação jurídica principal, aquela que se pretende garantir, que tem por fonte um contrato³³ (o chamado contrato-base) celebrado entre duas partes, o devedor principal/ordenante/garantido e o credor/beneficiário; a relação que emerge de um contrato celebrado entre o devedor principal/ordenante/garantido e um garante, habitualmente um banco como já referimos, em virtude do qual este se vincula, mediante uma determinada retribuição, a prestar uma garantia ao credor/beneficiário, salvaguardando o seu direito a ser reembolsado³⁴ de imediato pelo devedor principal/ordenante/garantido; e uma terceira, a relação jurídica que surge através da celebração do “*contrato autónomo de garantia*”³⁵, celebrado entre o banco garante e o credor do contrato-base, beneficiário da garantia.

É essencial ao nosso estudo a análise pormenorizada das relações jurídicas acima descritas, com especial incidência para a que se estabelece entre o devedor principal/ordenante e o banco garante e a que liga o banco garante ao beneficiário da garantia. Quanto à relação entre o credor e o devedor do contrato-base queremos apenas referir que é frequente a estipulação,

³² FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 523.

³³ De facto, a situação mais frequente é aquela em que existe uma obrigação contratual que se pretende garantir, embora sem esquecer, como referimos anteriormente, que é admissível a prestação de garantias autónomas sem que exista uma obrigação a garantir, como sucede no caso de garantias prestadas para suportar os riscos de certos empreendimentos.

³⁴ O banco garante, que tem direito a ser reembolsado pelo dador da ordem da quantia entregue ao beneficiário, exige, normalmente, uma contragarantia destinada a assegurar o efectivo pagamento do que venha a ser liquidado por conta da garantia bancária autónoma concedida.

³⁵ Expressão adoptada pela doutrina portuguesa, nomeadamente por PINTO MONTEIRO, in “Cláusula Penal e Indemnização”, Coleção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, p. 271, como nos dá conta FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 522, nota 27.

no próprio contrato, de uma cláusula pela qual uma parte ou ambas³⁶, se compromete(m) a garantir o correcto e pontual cumprimento da(s) sua(s) prestação(ões) através de uma entidade financeiramente sólida, normalmente um banco³⁷, prática negocial que não põe em causa a independência do contrato autónomo de garantia relativamente ao contrato-base.

1.1. Relação entre o devedor/ordenante e o garante.

Uma vez estipulada a obrigação do devedor conseguir um garante que emita a garantia autónoma, deverá o primeiro solicitar a um banco a emissão da referida garantia³⁸. O banco, após analisar a situação patrimonial do ordenante e a obrigação que se pretende garantir, caso aceite o pedido que lhe foi dirigido, celebrará com o ordenante um contrato através do qual se obriga perante ele, mediante um determinada retribuição (comissão), a celebrar com o credor do contrato-base um contrato de garantia autónoma. Como ensina FRANCISCO CORTEZ³⁹ neste contrato, em que são partes o devedor principal (enquanto ordenante) e o banco garante, são reguladas as retribuições a pagar ao garante, o dever de prestar informações do garante ao devedor e vice-versa, o direito de reembolso do banco face ao ordenante bem como as garantias destinadas a assegurar esse direito e, inclusivamente, a possibilidade de o banco garante satisfazer o seu direito de reembolso através de levantamentos de quantias que o ordenante tenha depositadas naquele banco.

A principal questão que surge em torno desta relação prende-se com a natureza jurídica do contrato celebrado entre o ordenante e o garante, contrato este cujo objecto consiste, como vimos, na celebração de um contrato de garantia autónoma entre o garante e o beneficiário da garantia.

³⁶ O que acontece quando são prestadas, por exemplo, uma garantia de boa execução do contrato (*"performance bond"*) e uma garantia de pagamento.

³⁷ FERRER CORREIA, "Notas para o estudo da garantia bancária", *Revista de Direito e Economia*, Ano VIII, n.º 2, Jul/Dez., 1982, p. 247.

³⁸ De referir que em determinadas situações o credor exige, como condição para o estabelecimento de relações contratuais, a emissão prévia da garantia autónoma.

³⁹ FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 525.

A doutrina portuguesa maioritária⁴⁰ tem entendido que este contrato é subsumível na figura do mandato, excluindo as hipóteses de estarmos perante uma assunção de dívida, um contrato de seguro, um contrato promessa a favor de terceiro, um contrato a favor de terceiro ou um contrato de prestação de serviços. Seguimos a orientação dominante e procuraremos, de seguida, explicar a sua pertinência e razão de ser.

O mandato é descrito no artigo 1157.º do Código Civil como “*o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.*”. Na prática, um dos contraentes, o mandante, encarrega o outro, o mandatário, de realizar certo acto (obrigatoriamente jurídico⁴¹) no interesse e por conta do primeiro. Confrontando esta breve noção de contrato de mandato com a relação contratual entre o ordenante e o garante verificamos que: em primeiro lugar, o devedor principal/ordenante encarrega o banco garante da prática de um acto jurídico, ao incumbi-lo de celebrar um contrato de garantia autónoma com o credor da relação principal/beneficiário da garantia; em segundo lugar, ao celebrar o contrato de garantia autónoma está a actuar no interesse do ordenante, na medida em que ou a prestação da garantia surge como condição prévia, imposta pelo credor, à celebração do contrato entre credor e devedor, ou é essencial para que o devedor do contrato-base não incorra em responsabilidade contratual por não cumprimento uma vez estipulada, nesse mesmo contrato que entretanto foi celebrado, a obrigação do devedor conseguir a emissão da garantia; em terceiro lugar, o banco actua por conta do ordenante visto que os efeitos do acto celebrado pelo mandatário projectam-se na esfera jurídica do mandante, suportando este os encargos e despesas que decorrem da celebração e execução do contrato de garantia.

Resta acrescentar que estamos perante um mandato sem representação, por oposição ao mandato representativo, na medida em que o garante, ao celebrar o contrato de garantia com o credor do contrato-base, ainda que o faça no interesse e por conta do ordenante, age em nome próprio e não munido de poderes de representação, vinculando-se ao cumprimento de uma

⁴⁰ Nomeadamente, FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 248; ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 19; FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 526 a 528; DUARTE PINHEIRO, “Garantia bancária autónoma”, in: *ROA*, Ano 52, 1992, vol.II, p. 434; CASTELO BRANCO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 75; FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 130 e 156 e MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 53 a 56.

⁴¹ Segundo PESSOA JORGE, “*Direito das Obrigações*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1972, p. 60, nota I (*apud* FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 527), “*É a natureza jurídica do acto objecto do mandato que o distingue (...) dos contratos de prestação de serviços, de que hoje constitui uma espécie*”.

obrigação própria perante o beneficiário⁴². O garante, como parte do contrato de garantia autónoma a ser celebrado com o credor/beneficiário, age em nome próprio e, citando o artigo 1180.º do Código Civil, “*acquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do acto que celebra*”.

1.1.1. Deveres do garante face ao ordenante decorrentes do contrato de mandato.

Em virtude da celebração do contrato de mandato com o devedor do contrato-base o garante fica vinculado ao cumprimento de certos deveres. Por serem os que se afiguram como os mais relevantes para o estudo que nos propusemos realizar, passamos a indicar aqueles que se manifestam no momento em que o beneficiário solicita a garantia, ou melhor, o pagamento da soma objecto da garantia. Assim, destacamos o dever de informar o ordenante da solicitação da garantia por parte do beneficiário, o dever de confirmar se se verificam as condições fixadas no contrato de garantia autónoma aquando da referida solicitação e o dever de, consoante as circunstâncias, recusar ou efectuar o pagamento da quantia estipulada⁴³.

Ainda nesta sede parece-nos importante referir que, segundo a jurisprudência maioritária, o princípio a ser observado pelo banco garante perante a solicitação da garantia por parte do beneficiário é o de uma “*estrita neutralidade*”⁴⁴ face às vicissitudes da relação contratual estabelecida entre o devedor principal/ordenante e o credor/beneficiário. A razão de ser deste princípio assenta, simultaneamente, na natureza e função da garantia autónoma e no respeito pelo interesse do garante em preservar o seu prestígio ou “*standing*”, especialmente no panorama internacional⁴⁵.

⁴² FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 527 e 528.

⁴³ Deveres que serão pormenorizadamente analisados no capítulo seguinte.

⁴⁴ YVES POULLET, “La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux”, in: *BBTC*, 1982, I, p. 408 e ss.

⁴⁵ Neste sentido, POULLET, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 408 e 409.

1.2. Relação entre o garante e o credor do contrato-base/beneficiário.

Em cumprimento da obrigação a que se vinculou pela celebração do contrato de mandato, o banco deverá celebrar, com o credor da relação jurídica principal, um contrato de garantia autónoma em que este último assumirá o papel de beneficiário da mesma. É em função deste contrato que o garante se vincula a entregar ao credor do contrato-base a quantia pecuniária previamente acordada, mediante a prova do incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação do devedor garantido ou mediante simples interpelação para tal, consoante a modalidade de garantia emitida. E, como já foi dito, fá-lo através de uma obrigação própria, não acessória da obrigação jurídica que visa garantir, não lhe sendo lícito opor ao beneficiário as excepções relativas quer à relação jurídica estabelecida entre si e o devedor principal/ordenante, quer à relação jurídica garantida, aquela que se estabelece entre credor e devedor do contrato-base.

No que respeita à qualificação da relação jurídica que ora merece a nossa atenção, é unânime o entendimento de que estamos perante um contrato unilateral ou não sinalagmático⁴⁶ na medida em que cria obrigações apenas para uma das partes, o garante. Tratando-se de um contrato, à proposta⁴⁷ que o banco dirige ao credor do contrato-base segue-se a aceitação do beneficiário que, frequentemente, assume a natureza de uma declaração tácita⁴⁸, resultando claramente de comportamentos concludentes adoptados pelo credor. De facto, a exigência, por parte do credor/beneficiário, da estipulação de uma cláusula no contrato-base pela qual o devedor se obriga a conseguir um garante que emita a garantia⁴⁹, a par da não manifestação de recusa da proposta, aquando do recebimento da mesma, consubstanciam factos suficientes que revelam a intenção de aceitar a proposta contratual por parte do beneficiário, sendo que,

⁴⁶ Nomeadamente, GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 27; FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 249; ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 19; FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 528; DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 431; FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 157 e MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 101. No mesmo sentido veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Outubro de 1997, processo n.º 0015672, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁷ Esta proposta, na qual o banco, mandatado pelo devedor do contrato-base, manifesta a vontade de prestar uma garantia do pontual e correcto cumprimento das obrigações do devedor, materializa-se na carta de garantia enviada ao credor/beneficiário, assumindo a natureza de uma verdadeira proposta contratual.

⁴⁸ Admissível, face ao direito português, por via do artigo 217.º do Código Civil.

⁴⁹ Noutros casos, a emissão prévia da garantia constitui condição *sine qua non* da celebração do contrato-base.

segundo o artigo 234.º do Código Civil, “quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta”.

A questão da qualificação da relação jurídica entre garante e beneficiário assume a maior relevância prática na medida em que está em “jogo” a validade da garantia autónoma à luz do ordenamento jurídico nacional. De facto, seguir a orientação de que esta relação se concretiza mediante um negócio jurídico unilateral, contrariando a doutrina maioritária, significaria afastar a admissibilidade da figura já que no sistema jurídico português vigora o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais (artigo 457.º do Código Civil), não existindo, como já fizemos referência, qualquer norma que disponha sobre a matéria⁵⁰.

2. CARACTERÍSTICAS DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

2.1. Característica fundamental: a autonomia.

A característica essencial da garantia bancária autónoma, aquela que lhe confere um lugar de destaque no seio das garantias pessoais e que explica a sua enorme popularidade e aceitação é, tal como o nome indica, a autonomia da obrigação do garante em relação à obrigação que visa garantir⁵¹. A caracterização da garantia bancária como autónoma é feita tendo como pano de fundo uma comparação com uma outra garantia pessoal, a fiança, a qual se identifica pela acessoriedade da obrigação do fiador em relação à obrigação do devedor principal (artigo 627.º do Código Civil).

⁵⁰ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 249 e FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 530.

⁵¹ Mas não apenas em relação a esta, como veremos de seguida.

A principal consequência da autonomia da obrigação do garante prende-se com o facto de, contrariamente ao que sucede no caso da fiança⁵², o garante estar impossibilitado de opor ao beneficiário as excepções fundadas na relação principal, ou seja, os meios de defesa que competem ao garantido na qualidade de parte no contrato-base. Nestes termos, e de acordo com a doutrina dominante, o banco não poderá recusar a prestação a que se vinculou perante o beneficiário alegando, nomeadamente, a “*nulidade do contrato resultante, por exemplo, da violação de regras imperativas do ordenamento a que pertence o devedor*”⁵³, a nulidade da obrigação garantida “*por vício de fundo ou de forma*”⁵⁴, a compensação invocada pelo devedor face ao credor⁵⁵ e ainda que “*a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou posteriormente impossível*”⁵⁶.

Dizemos que autonomia da garantia bancária se traduz na autonomia da obrigação do garante em relação à obrigação que visa garantir não é inteiramente correcto uma vez que não se tem em conta a relação jurídica estabelecida entre o devedor principal/ordenante e o garante, também ela independente da obrigação que o garante assume perante o beneficiário. Isto significa, à semelhança do que acima foi dito quanto à relação principal, que o garante está impossibilitado de invocar as excepções relativas ao contrato de mandato sem representação como meio de obstar ao pagamento da quantia estipulada, por exemplo, a não prestação das contragarantias exigidas pelo banco, o não pagamento da retribuição devida ao garante ou a insolvência do ordenante⁵⁷. Por fim, resta acrescentar que a autonomia da garantia bancária face ao contrato de mandato tem também como consequência o facto de o devedor não poder “*impedir o garante de prestar a soma acordada*”⁵⁸.

⁵² Segundo o n.º 1 do artigo 637.º do Código Civil, “*além dos meios de defesa que lhe são próprios, o fiador tem o direito de opor ao credor aqueles que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador*”.

⁵³ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 18.

⁵⁴ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 252.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ SCHINNERER/AVANCINI citados por ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 19, nota 11.

⁵⁷ Acompanhamos MÓNICA JARDIM *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 147.

⁵⁸ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 20. No entanto, como veremos, o devedor poderá, em certas circunstâncias, tentar impedir o pagamento da soma objecto da garantia através de medidas de natureza cautelar.

Ainda no que concerne à autonomia cabe mencionar que ela assume diferentes graus⁵⁹, consoante a modalidade de garantia que esteja em causa, conhecendo o seu estado mais puro nos casos em que é incluída a cláusula “*on first demand*”⁶⁰. Esta questão será tratada no ponto seguinte, quando falarmos da automaticidade.

Feitas estas considerações sobre a autonomia da garantia bancária, resta-nos referir que ela não é, no entanto, absoluta, gozando esta garantia, ao invés, de “*alguma margem de acessoriedade*”⁶¹. De facto, mediante a celebração do contrato de garantia autónoma, o garante vincula-se ao pagamento de uma quantia pecuniária ao credor da obrigação garantida na eventualidade de, por qualquer motivo, o devedor não cumprir com as obrigações a que estava adstrito pela celebração do contrato-base. Assim, podemos facilmente constatar que este contrato (de garantia) tem como fundamento o contrato celebrado entre os contraentes da relação jurídica principal⁶², ou seja, existe por causa dele e tem a função de o garantir. A consequência prática que destas observações se pode retirar é a seguinte: uma vez satisfeito o interesse do credor do contrato-base, mediante o correcto e pontual cumprimento, por parte do devedor, das obrigações a que se vinculou através da celebração do referido contrato, extingue-se a obrigação do garante face ao credor/beneficiário da garantia. Esta manifestação da acessoriedade é consideravelmente mais ampla no caso da fiança posto que, segundo o artigo 651.º do Código Civil, “*a extinção da obrigação principal determina a extinção da fiança*”, não se encontrando limitada a extinção desta garantia à extinção, por cumprimento, da obrigação principal.

⁵⁹ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 251 e FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 533.

⁶⁰ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990, processo n.º 0034131, disponível em www.dgsi.pt, no qual se afirma que “*o contrato de garantia bancária é realmente autónomo quando o banco se compromete a pagar à primeira interpelação (“on first demand”)*”.

⁶¹ MIGUEL BRITO BASTOS, “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “*on first demand*””, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume III, Coimbra Editora, 2010, p. 527.

⁶² FERRER CORREIA *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 249.

2.2. *Característica eventual: a automaticidade.*

Considerando o que foi dito no ponto anterior, podemos constatar que estamos perante uma garantia bancária autónoma se a obrigação a que o garante se vinculou diante do seu beneficiário for autónoma face a duas relações jurídicas que gravitam em torno desta figura: a relação jurídica dita principal, aquela que as partes pretendem garantir e a relação jurídica que se estabelece entre o ordenante e o garante. A esta característica essencial da garantia objecto de estudo, pode acrescentar-se uma outra, eventual, que se traduz na sua automaticidade.

É através da inclusão de uma cláusula de pagamento “à primeira solicitação” no contrato de garantia autónoma que se consegue obter a automaticidade da garantia objecto do presente estudo. Quando assim seja, o garante fica vinculado a proceder de imediato ao pagamento da soma objecto da garantia sem necessidade de prova, por parte do beneficiário da garantia, dos pressupostos do seu direito ao cumprimento da obrigação do garante (geralmente, o incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações a cargo do devedor do contrato-base) precisamente o oposto daquilo que sucede no caso de estarmos perante uma garantia bancária simples.

Referimos no ponto anterior que a autonomia da garantia bancária conhece o seu estado mais puro nos casos em que é incluída a cláusula “*on first demand*”. Ora, assim é na medida em que, ao acrescentar-se a automaticidade à garantia autónoma, ficando o beneficiário dispensado de provar o pressuposto do seu direito à soma estipulada, elimina-se “*a última cadeia que ainda prendia a sua garantia à litigância sobre a relação jurídica de base*”⁶³, constituindo este facto uma inegável vantagem quer para o beneficiário, usufruindo de uma garantia mais segura, célere e eficaz, quer para o próprio garante, como já tivemos oportunidade de referir. Mas apesar destas inegáveis vantagens a garantia autónoma com cláusula de pagamento “à primeira interpelação” do beneficiário sofre, como adiante melhor se concretizará, de um perigoso inconveniente, desde logo, para o devedor principal/ordenante, que se traduz no risco de vir ser solicitada/executada de forma injustificada e/ou abusiva.

⁶³ FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 537.

CAPÍTULO III

DA EXECUÇÃO DA GARANTIA

1. SOLICITAÇÃO DA SOMA OBJECTO DA GARANTIA.

É através do pedido de entrega da soma objecto da garantia, efectuado nos termos previamente acordados no contrato de garantia e dirigido ao garante pelo beneficiário, que o primeiro se constitui devedor da referida quantia e o segundo titular do correspondente direito de crédito. Na prática, o beneficiário que pretende executar a garantia transmite a sua pretensão, normalmente por escrito⁶⁴, ao garante, oferecendo a prova da efectiva verificação dos pressupostos que condicionam o seu direito se estiver em causa uma garantia autónoma simples, ficando dispensado de tal prova no caso de ter sido prestada uma garantia autónoma “*on first demand*”⁶⁵.

2. DEVERES DO GARANTE FACE AO ORDENANTE EM VIRTUDE E AQUANDO DA SOLICITAÇÃO.

2.1. Dever de informação.

A doutrina internacional maioritária defende que não existe um verdadeiro dever de informar o ordenante da solicitação da garantia por parte do beneficiário, na medida em que tal não se

⁶⁴ CASTELO BRANCO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 78; FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 178 e MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 248.

⁶⁵ Neste último caso, como nos dá conta MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 249 e 250, o beneficiário terá apenas que: solicitar a entrega da soma objecto da garantia sem sequer ter afirmar que se verificou o evento previsto no contrato de garantia, no caso de a garantia (automática) ser a pedido simples; solicitar a entrega e declarar que se verificou o evento *supra* mencionado mas sem ter de apresentar qualquer prova, caso se trate de uma garantia à primeira solicitação motivada; solicitar a entrega e declarar, sem ter que fornecer qualquer prova, quais os motivos em concreto que justificam a solicitação, se a garantia for à primeira solicitação justificada; fazer acompanhar a solicitação da garantia de documentos provenientes e emitidos por um terceiro, caso a garantia seja documental.

justifica pelo facto de o ordenante não ter direito de veto⁶⁶ e porque a existência desse dever impediria regular desenvolvimento do contrato de garantia⁶⁷. BONELLI, por sua vez, entende que “rientra nella diligenza professionale della banca mandataria una preventiva informativa al mandante, che consenta a quest’ultimo una sommaria verifica della situazione”⁶⁸. No mesmo sentido, MÓNICA JARDIM, defende que existe tal dever de informação (aquando do pedido de entrega da soma) com base em dois argumentos. Por um lado, existindo um contrato de mandato entre o ordenante e o garante em que este último se obriga a praticar um acto jurídico por conta do primeiro, é normal que o garante dê conhecimento ao ordenante das vicissitudes ligadas à execução do mandato. Por outro lado, ao garante, na qualidade de mandatário, tem a seu cargo o dever de protecção dos interesses do ordenante, seu mandante, interesses esses que só conhecerão uma protecção útil caso se verifique a existência de tal dever de informação, permitindo ao mandante, nomeadamente: negociar com o beneficiário no sentido da não execução da garantia; oferecer ao garante prova da fraude ou abuso, por parte do beneficiário, na execução da garantia, desencadeando o dever de recusa de pagamento a cargo do garante e, para o que nos interessa, recorrer à tutela cautelar no sentido de inibir o garante de lhe exigir o reembolso da quantia paga, caso este proceda ao pagamento, ou que impeça o beneficiário de receber ou utilizar a soma objecto da garantia⁶⁹.

Concordamos com a tomada de posição de MÓNICA JARDIM que, tal como já o havia feito BONELLI⁷⁰, chega mesmo a defender a existência deste dever de informação prévio ao pagamento no caso de ter sido prestada uma garantia com cláusula de pagamento “à primeira solicitação”, já que o garante, mesmos nestes casos, tem um certo lapso de tempo para examinar o pedido que lhe foi dirigido pelo beneficiário podendo, nesse período, informar o seu mandante.

⁶⁶ VASSEUR, “Droit Bancaire (Garantie indépendante) in: *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, Sommaires Commentés, p. 200 (*apud* MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 253).

⁶⁷ Neste sentido KLEINER, conforme informa DOHM, “*Les garanties bancaires dans le commerce international*”, Editions Staempfli e Cie SA Berne, 1986 (*apud* MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 253).

⁶⁸ BONELLI, “Le garanzie bancaire nel commercio internazionale”, in: *Diritto del Commercio Internazionale*, 1, 1987, p. 136 e ss.

⁶⁹ MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 253 e 254.

⁷⁰ BONELLI, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 137.

Resta-nos apenas referir que a existência deste dever de informação prévio ao efectivo pagamento da soma objecto da garantia por parte do garante está expressamente consagrado nos artigos 17.º e 21.º das “*Uniform Rules for Demand Guarantees*” da Câmara de Comércio Internacional⁷¹.

2.2. Dever de verificação da regularidade da solicitação.

De acordo com GALVÃO TELLES, a garantia tem necessariamente de ser invocada pelo beneficiário “*em conformidade com os seus próprios termos*”⁷² e o garante só se constitui na obrigação de “*pagar o que consta do título de garantia e em harmonia com o teor respectivo*”⁷³. Podemos daqui inferir que existe um dever de verificação da regularidade da solicitação a cargo do garante, enquanto mandatário? Defendemos⁷⁴ que o garante tem, de facto, este dever face ao ordenante, que se traduz em verificar se o pedido da soma objecto da garantia foi feito, entre outros aspectos, na forma estipulada, pela pessoa(s) com legitimidade para tal, acompanhado dos documentos necessários⁷⁵ e dentro do prazo de vigência acordado. As razões que fundamentam esta conclusão prendem-se com a natureza do contrato celebrado entre o ordenante e o garante, como vimos, um contrato de mandato. Uma vez que o pagamento da soma objecto da garantia⁷⁶ constitui o ordenante no dever de reembolsar o garante no montante entregue ao beneficiário, sacrifício económico que o ordenante, naturalmente, nenhum interesse tem em suportar, verificar a regularidade do pedido de entrega da quantia objecto da garantia mais não representa do que actuar na protecção dos

⁷¹ CASTELO BRANCO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 78.

⁷² GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 31.

⁷³ *Idem*, p. 31.

⁷⁴ Acompanhando MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 257.

⁷⁵ Neste caso, o garante apenas terá que examinar se os documentos apresentados correspondem aos documentos especificados no contrato de garantia autónoma, como ensina CLAUDE MARTIN, “*Les garanties bancaires autonomes*”, Extrait du “*Répertoire pratique du droit belge – complément*”, t.VII, Bruylant Bruxelles, 1991 (*apud* MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 260).

⁷⁶ Que, como vimos, representa uma obrigação própria do garante, independente da obrigação do devedor garantido, mas que resulta de um contrato celebrado pelo garante como mandatário do ordenante.

interesses do mandante, algo a que o garante se encontra vinculado em virtude da celebração do contrato de mandato.

No mesmo sentido se pronunciam NORBERT HORN e EDDY WYMEERSCH, argumentando que *“the bank, as a guarantor or surety, when it pays to the beneficiary, has to observe a duty of care in checking the claim of the beneficiary. If the bank violates this duty, it may lose its recourse or expose itself to counterclaims by its customer”*⁷⁷.

Este dever de verificação da regularidade da solicitação deverá ser cumprido no lapso de tempo que o garante normalmente dispõe para examinar o pedido que lhe foi dirigido pelo beneficiário, admissível, como referimos anteriormente, mesmo no caso das garantias autónomas “à primeira solicitação”.

2.3. Deveres de pagamento e de recusa da soma objecto da garantia.

Em face de uma solicitação regular, ou seja, efectuada nos termos do que foi estipulado pelas partes no contrato de garantia, o garante deve cumprir prontamente com a obrigação de pagamento a que se vinculou perante o beneficiário, a não ser que as partes tenham acordado que a entrega da quantia pecuniária apenas se deverá processar após o decurso de certo prazo a contar da data da solicitação de pagamento⁷⁸. Ainda no que se refere à obrigação de pagamento - e como temos vindo a referir -, o garante deverá executá-la sem que lhe seja permitido opor ao beneficiário as excepções derivadas tanto da sua relação com o ordenante, como da relação estabelecida entre o ordenante e o beneficiário, dada a autonomia que caracteriza a garantia bancária face a estas relações. Como veremos *infra*, as coisas não ocorrem sempre rigorosamente desta forma, admitindo a doutrina e a jurisprudência um conjunto de situações em que é lícito ao banco recusar a prestação a que se vinculou através da celebração do contrato de garantia. Sem preocupações de exaustividade, iremos dar conta de algumas dessas hipóteses apoiando-nos na doutrina nacional e internacional.

⁷⁷ NORBERT HORN/EDDY WYMEERSCH, *“Bank guarantees, standby letters of credit and performance bonds in international trade”*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

⁷⁸ FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 178.

Segundo o entendimento de KLEMENS PLEYER⁷⁹, o garante (só) pode recusar a entrega da soma objecto da garantia com base em objecções relativas: à validade da declaração de garantia (a título de exemplo, a declaração de garantia é contrária à lei), às relações estabelecidas entre si (garante) e o beneficiário (podendo invocar, por exemplo, a compensação de um crédito que detenha face ao beneficiário) e ao próprio contrato autónomo de garantia (por exemplo, expirou o prazo de garantia, não se verificou uma condição suspensiva acordada ou não foram apresentados os documentos necessários e previstos no contrato de garantia). Ainda segundo este autor, o banco pode recusar a entrega da soma se dispuser de prova que ateste a manifesta falta de fundamento da solicitação do beneficiário (ou seja, em caso de manifesto abuso do beneficiário).

GUISEPPE PORTALE, por seu turno, considera que a recusa é legítima, entre outras situações, quando: o garante dispõe de prova líquida de que a solicitação do credor é dolosa, consubstanciando-se numa tentativa de “burlar” o devedor/ordenante da garantia⁸⁰; a causa do contrato de garantia autónoma é ilícita⁸¹; o garante invoca a compensação perante o beneficiário⁸²; ocorreu a cessão do crédito derivado do contrato de garantia autónoma e o banco não consentiu em tal transmissão⁸³.

Para MICHEL VASSEUR, o garante não deve entregar a soma objecto da garantia nos casos em que a solicitação do beneficiário se traduza numa fraude manifesta ou num abuso evidente, o que ocorre nomeadamente quando: o beneficiário reclama o pagamento da quantia com a justificação de que não recebeu as mercadorias, tendo o banco, em seu poder, certificado de desalfandegamento no país de destino ou havendo já decisão judicial definitiva dando como provado o cumprimento do exportador⁸⁴; o beneficiário solicita o pagamento tendo o banco recebido anteriormente cópia de um atestado, elaborado por um especialista do beneficiário,

⁷⁹ KLEMENS PLEYER, “Republique Fédérale d’Allemagne” (Relatório), in: *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, p. 189. (apud DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 444).

⁸⁰ PORTALE, “Fideiussione e garantievertrag nella prassi bancaria”, in: *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale (profili comparatistici)*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 32 e ss.

⁸¹ PORTALE, “Nuovi sviluppi del contratto autónomo di garanzia”, in: *BBTC*, 1985, I, p. 181.

⁸² PORTALE, “Le garanzie bancaire internazionali (questioni)”, in: *BBTC*, 1988, I, p. 15-16.

⁸³ PORTALE, “Nuovi sviluppi del contratto autónomo di garanzia”, *loc. cit.*, p. 184 e ss.

⁸⁴ VASSEUR, “Garantie Indépendante”, *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de Droit Commercial, III, Paris, 1974 (mise à jour 1984), n.º 119-120. (apud DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 446).

certificando o correcto e pontual cumprimento das obrigações do devedor/ordenante⁸⁵; o beneficiário solicita o pagamento após declaração judicial definitiva da nulidade do contrato-base, não resultante de violação da legislação económica do país do devedor⁸⁶; e ainda, sempre que a prova da fraude ou do abuso manifestos se possa produzir aquando da solicitação da soma por parte do beneficiário, sem necessidade de diligências ulteriores⁸⁷. Para além destas situações que configuram fraude manifesta ou abuso evidente, VASSEUR defende que o banco não tem de cumprir com a sua obrigação nos casos de: ilicitude da causa do contrato de garantia (por violação grave, do contrato garantido, da ordem pública ou dos bons costumes, dando como exemplo o contrato através do qual o devedor/ordenante se compromete a cultivar papoila e transformá-la em ópio⁸⁸); cessão da posição contratual detida no contrato-base, seja por parte do devedor/ordenante ou do credor/beneficiário, com a justificação de que a garantia vale apenas para o negócio-base nela mencionado e não para negócio com diferente conteúdo ou com outros sujeitos⁸⁹ e no caso de solicitação posterior à data limite fixada no contrato de garantia⁹⁰.

No que concerne à doutrina nacional, GALVÃO TELLES defende que é lícito ao garante recusar o pagamento da quantia perante uma solicitação não conforme com os termos do título da garantia, devendo mesmo recusá-lo nos casos em que o beneficiário, ao solicitar o pagamento, proceder com “*manifesta má fé*”⁹¹.

SIMÕES PATRÍCIO entende ser lícita a recusa da entrega da soma objecto da garantia quando se verifica: a inexistência de uma relação jurídica subjacente, ou seja, um contrato-base que se pretenda garantir⁹²; a ilicitude do negócio garantido por violação da ordem pública (interna e internacional)⁹³; uma solicitação abusiva, ou de má fé, por parte do beneficiário⁹⁴.

⁸⁵ *Idem*, n.º 121 (*apud* DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 447).

⁸⁶ *Idem*, n.º 123-124 (*apud* DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 447).

⁸⁷ *Idem*, n.º 120 (*apud* DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 447).

⁸⁸ *Idem*, n.º 116 e 126 (*apud* DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 447).

⁸⁹ *Idem*, n.º 50 (*apud* DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 445).

⁹⁰ *Idem*, n.º 72 (*apud* DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 445).

⁹¹ GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 32, explicando o autor que manifesta má fé é aquela que se revela patente, “*não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do banco*”.

⁹² SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 716.

⁹³ *Idem*, p. 707 a 709.

FERRER CORREIA considera lícita a recusa de pagamento caso o negócio causal (o contrato-base) seja inválido por ofensa aos bons costumes ou a lei imperativa, caso o crédito garantido tenha sido considerado inexistente por sentença já transitada em julgado⁹⁵ e em caso de abuso do direito por parte do beneficiário⁹⁶ aquando da solicitação da garantia se se verificar uma das seguintes situações: ou o banco dispõe de prova cabal de que o beneficiário solicita o pagamento apesar de ter conhecimento de que o facto em questão (o incumprimento contratual) não se verificou; ou, não dispondo o banco de tal prova, a não verificação do evento (o incumprimento contratual) é um “*facto evidente por si ou notório*”⁹⁷.

Para ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, o garante tem a possibilidade⁹⁸ de recusar a entrega da soma em caso de “*fraude manifesta, de abuso evidente por parte do beneficiário*”⁹⁹ mas apenas “*quando o abuso ou a fraude do beneficiário forem, desde logo, inequívocos*”¹⁰⁰ e no caso de o contrato-base ofender a ordem pública ou os bons costumes uma vez que a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia¹⁰¹.

Como podemos observar através das diferentes posições indicadas, há pelo menos uma situação em que a doutrina é unânime no que respeita à possibilidade de recusa lícita do pagamento da soma objecto da garantia: no caso da solicitação do beneficiário constituir uma fraude manifesta ou um abuso evidente por parte do beneficiário. Esta é uma questão que merece um desenvolvimento especial, pelo que será objecto de tratamento autónomo no ponto seguinte. Por ora, limitamo-nos a referir que neste caso específico (de solicitação abusiva ou fraudulenta), bem como no caso de solicitação irregular por parte do beneficiário, entendemos que existe um verdadeiro dever de recusa do pagamento por parte do garante, enquanto mandatário, acompanhando a posição de MÓNICA JARDIM¹⁰² que, a nosso ver bem e salvo melhor entendimento, distinguiu os casos em que o garante pode recusar a entrega da soma

⁹⁴ *Idem*, p. 709 a 711.

⁹⁵ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 253.

⁹⁶ Neste caso o Prof. chega mesmo a defender que a recusa constitui um dever a cargo do garante, sob pena de perder o direito de regresso face ao mandante.

⁹⁷ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 257.

⁹⁸ E, segundo os autores, o dever.

⁹⁹ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 20

¹⁰⁰ *Idem*, p. 21.

¹⁰¹ *Idem*, p. 22.

¹⁰² MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 280 e 281.

objecto da garantia e deve fazê-lo na qualidade de mandatário daqueles em que o garante tem a possibilidade de recusar a dita soma mas não tem, face ao ordenante e enquanto mandatário, um qualquer dever de a recusar. No que concerne ao primeiro caso, defendemos o dever de recusa do pagamento na medida em que o garante, fruto do contrato de mandato que celebrou com o ordenante, tem o dever, derivado do princípio da boa fé, de protecção dos interesses do mandante. No que concerne à segunda situação (solicitação irregular) defendemos o dever de recusa do pagamento, pela razão acabada de mencionar (dever de protecção do interesse do mandante) e porque seria contraditório defender a existência de um dever de verificação da regularidade da solicitação a cargo do garante para depois afirmar que o garante tem a possibilidade, enquanto mandatário, de efectuar o pagamento quando a referida solicitação/pedido de entrega da soma, não tenha sido feita nos termos no contrato de garantia.

3. A EXCEPÇÃO DE FRAUDE MANIFESTA OU ABUSO EVIDENTE DO BENEFICIÁRIO.

Como já tivemos oportunidade de referir, é na garantia autónoma com cláusula de pagamento “à primeira interpelação” do beneficiário que o risco de ocorrer uma solicitação injustificada e/ou abusiva atinge o seu expoente máximo. Como ensina FRANCISCO CORTEZ, “*pode mesmo afirmar-se que são estes abusos e fraudes cometidos pelo beneficiário, sob a protecção da automaticidade, que constituem nos nossos dias o atentado mais sério contra a operacionalidade e a credibilidade da garantia*”¹⁰³. Dissemos no ponto anterior que a doutrina (nacional e internacional) não hesita em reconhecer ao garante a possibilidade de recusar o pagamento da soma objecto da garantia no caso de fraude ou abuso de direito do beneficiário. Aquilo que pretendemos nesta sede é aprofundar e definir com rigor esta excepção que configura um verdadeiro limite à autonomia da garantia bancária.

Vimos que a mais importante manifestação da autonomia da garantia bancária se prende com o facto de o garante não poder invocar excepções derivadas do contrato que visa garantir, ou

¹⁰³ FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 595.

seja, do contrato-base. É precisamente esta autonomia que caracteriza a obrigação do garante que leva as partes a exigirem garantias bancárias e que explica a sua enorme popularidade. Ora, no caso de fraude do beneficiário de uma garantia autónoma, a menos que essa fraude esteja relacionada com a falsidade de certos documentos que o beneficiário tenha obrigatoriamente de apresentar como pressuposto do seu direito à entrega da soma objecto da garantia (tendo o ordenante que provar que os mesmos são falsos), terá que existir necessariamente uma referência ao contrato-base. E isto é assim porque o ordenante terá de provar que não assiste qualquer direito ao beneficiário em face do contrato entre ambos celebrado, o que põe em causa a independência entre a obrigação do garante e a obrigação do devedor da relação jurídica garantida. Assim, quem reconhece (como vimos, a doutrina maioritária) a excepção de fraude defende também que a autonomia da garantia face ao contrato-base não é absoluta, antes limitada¹⁰⁴, e justifica-a com base em certos institutos que seguidamente enunciaremos.

Segundo informa SIMÕES PATRÍCIO, no direito comparado tem-se invocado, entre outros argumentos, como fundamento desta excepção do garante: a boa fé; os usos honestos do comércio; o abuso de direito; a “exceptio doli” ou a regra “fraus omnia corrumpit” e a teoria dos deveres de protecção a favor de terceiros¹⁰⁵. ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO justificam tal excepção argumentando que *“há princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas violar grosseiramente os referidos princípios”*¹⁰⁶.

Entendemos¹⁰⁷ que o garante deve recusar a entrega da soma objecto da garantia nos casos em que a solicitação do beneficiário seja fraudulenta com base no princípio da boa fé (artigo 762.º) e no princípio da proibição do abuso de direito (artigo 334.º). De facto, quando o beneficiário solicita a entrega da soma objecto da garantia sem que esteja verificado o pressuposto do seu direito à obrigação do garante, viola a proibição do abuso de direito e o dever, fruto do contrato de garantia celebrado com o garante, de agir, face à contraparte (o

¹⁰⁴ A este propósito FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit., loc. cit.*, p. 595, fala na relativização da autonomia como o novo problema da garantia autónoma.

¹⁰⁵ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit., loc. cit.*, p. 709 e 710.

¹⁰⁶ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit., loc. cit.*, p. 20.

¹⁰⁷ Acompanhando SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit., loc. cit.*, p. 716, FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit., loc. cit.*, p. 598 e MÓNICA JARDIM, *ob. cit., loc. cit.*, p. 296.

garante) com a “*correccção e lisura*”¹⁰⁸ que a boa fé impõe, sendo lícito ao garante, oferecida a prova necessária, recusar o pagamento.

Mais do que uma possibilidade de recusa a cargo do garante entendemos, como já foi referido, que estamos perante um verdadeiro dever a cargo do garante, enquanto mandatário do ordenante, de recusar o pagamento em caso de fraude manifesta ou abuso evidente, dever esse resultante do dever de protecção dos interesses do mandante¹⁰⁹ – uma vez celebrado o contrato de mandato - e que se funda no princípio da boa fé.

Apesar de ser unanimemente reconhecida a possibilidade de recusa do pagamento em caso de solicitação fraudulenta ou abusiva, ela não é, no entanto, absoluta, por razões que se prendem precisamente com as características próprias (já enunciadas) da figura. Como ensinam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, “*esta excepção, no entanto, como é unanimemente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de todos os países, só pode ser invocada em casos limite, quando o abuso ou a fraude do beneficiário forem, desde logo, inequívocos*”¹¹⁰. Ou seja, não basta ao garante a mera suspeita de fraude ou de abuso de direito por parte do beneficiário para que a recusa seja legítima, exigindo a jurisprudência a “*prova líquida e inequívoca*”¹¹¹ da “*má fé patente*”¹¹², da fraude/abuso manifestos por parte do beneficiário. No que respeita a solicitações que se afiguram abusivas ou fraudulentas tivemos já oportunidade de referir alguns exemplos ao darmos conta das situações que para VASSEUR legitimam a recusa de pagamento por parte do garante. Aquilo que pretendemos nesta fase é precisar os conceitos inerentes a esta importante excepção.

Começemos pelos conceitos de fraude manifesta ou abuso evidente. Segundo nos informa YVES POULLET¹¹³ num estudo relativo à evolução da jurisprudência nesta matéria, foi

¹⁰⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, p. 3, onde é referido que “*afirma-se no n.º 2 do artigo 762.º que também no exercício do direito correspondente, ou seja, no exercício do direito de crédito se deve proceder de boa fé*”.

¹⁰⁹ Que se inserem na categoria dos deveres acessórios de conduta. A este respeito, cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Da Boa Fé no Direito Civil*”, I, Livraria Almedina, Coimbra, 1984, p. 604.

¹¹⁰ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 21.

¹¹¹ Neste sentido, a título de exemplo, a sentença proferida pelo Tribunal de Cassação austríaco, decisão de 4 de Maio de 1977, citada por ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 21, nota 38.

¹¹² GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 32.

¹¹³ YVES POULLET, “*La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux*”, *loc. cit.*, p. 397 e ss.

abandonada uma “*noção restritiva de fraude*” em prol de uma “*concepção extensiva da noção de fraude manifesta*”, tendo a jurisprudência alemã enunciado o princípio de acordo com o qual “*existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efectivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário*”¹¹⁴.

Ainda no que respeita aos conceitos acima enunciados cabe referir o ensinamento de CALVÃO DA SILVA. Começa por dizer que “*está instalada, na doutrina e jurisprudência, a discussão acerca da existência de fraude, falando-se da necessidade de um comportamento doloso, da suficiência de um uso (objectivamente) anormal de um direito ou da ausência manifesta do direito do beneficiário*” explicando de seguida que “*a existência de fraude (fraud in the transaction) é própria da common law, que não conhece a teoria geral do abuso de direito, ao passo que na civil law o mesmo resultado alcança-se pelo princípio (da proibição) do abuso de direito do beneficiário da garantia, em nome da justiça material*”¹¹⁵¹¹⁶.

Quanto à prova exige-se que ela seja “*líquida e inequívoca*”¹¹⁷ embora haja quem defenda¹¹⁸ que a exigência deste tipo de prova é dispensada no caso de a fraude ou o abuso constituírem um “*facto evidente ou notório*”. A este respeito cabe dar conta da posição de MIGUEL BRITO BASTOS¹¹⁹, para quem esta exigência de prova derogatória do regime probatório geral esbarra em contra-argumentos válidos. Começa por referir que não há qualquer norma que consagre a exigência de demonstração, por meio de provas líquidas, do carácter infundado da solicitação feita pelo beneficiário para depois demonstrar, apoiando-se na argumentação de KOZIOL e BYDLINSKI, que a restrição dos meios de prova àqueles que sejam considerados “líquidos”

¹¹⁴ Citação feita por SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 711.

¹¹⁵ CALVÃO DA SILVA, “*Estudos de Direito Comercial (pareceres)*”, Coimbra, Almedina.

¹¹⁶ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1688/08.0TVLSB-A.L1-6, de 19 de Janeiro de 2010 cita a argumentação do autor, explicando que a doutrina e a jurisprudência têm utilizado estes conceitos indistintamente, como expressões sinónimas.

¹¹⁷ PORTALE “*Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*”, *loc. cit.*, p. 22, diz-nos que “*a prova é líquida ou inequívoca quando permite a percepção imediata e segura da fraude ou do abuso*”. Um exemplo clássico é a apresentação dos documentos que comprovam que o credor recebeu aquilo a que tinha direito embora haja quem entenda que a fraude ou o abuso de direito têm necessariamente de resultar de sentença transitada em julgado.

¹¹⁸ PORTALE “*Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*”, *loc. cit.*, p. 22. Entre nós, FERRER CORREIA, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 257 e, no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990, processo n.º 0034131, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁹ MIGUEL BRITO BASTOS, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 548 e ss.

excluiria a possibilidade de invocação da exceção de abuso do direito precisamente naquelas situações em que tal abuso é mais gritante, já que “*quanto mais premeditado e refinado o comportamento fraudulento do beneficiário fosse, tanto menos possível seria provar de um modo líquido esse abuso*”¹²⁰.

Tudo visto e ponderado, resta-nos dizer que não repugnamos a (especial) exigência de apresentação de uma prova líquida e inequívoca, tal como vem sendo defendido pela doutrina e jurisprudência maioritárias, atendendo à (também especial) natureza da garantia autónoma, em particular, quando é aposta a cláusula “*on first demand*”.

¹²⁰ Cfr. HELMUT KOZIOL, “*Der Garantievertrag*”, Wien, 1981, p. 63 (*apud* MIGUEL BRITO BASTOS, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 549).

CAPÍTULO IV

DA TUTELA CAUTELAR NO ÂMBITO DA GARANTIA AUTÓNOMA

1. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO A UMA PROVIDÊNCIA CAUTELAR POR PARTE DO ORDENANTE.

Vimos no capítulo anterior que há situações em que o garante pode e, nalguns casos, deve mesmo, recusar-se a cumprir com a prestação a que se vinculou perante o beneficiário em virtude da celebração do contrato de garantia autónoma. Referimos também que, segundo o nosso entendimento, existe um verdadeiro dever de recusa a cargo do garante, enquanto mandatário, do pagamento da soma objecto da garantia, nos casos de solicitação irregular (solicitação não efectuada nos termos do contrato de garantia) e de solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta (quando e se o garante dispuser de prova líquida que ateste o carácter abusivo ou fraudulento da solicitação) por parte do beneficiário da garantia objecto do presente estudo. Acontece, porém, na prática que mesmo nos casos em que os bancos verificam que têm o dever de não pagar enquanto mandatários, optam por efectuar a referida entrega da soma ao beneficiário. Isto porque, em determinadas situações, é-lhes mais vantajoso pagar a garantia irregular ou abusivamente solicitada¹²¹ do que suportar os prejuízos que resultam da recusa de pagamento para a sua imagem e credibilidade internacionais¹²². No sentido de fazer face a esta situação, demasiado prejudicial para o devedor/ordenante, colocou-se a hipótese de lhe serem facultados meios com o fim de impedir o beneficiário de receber a soma objecto da garantia. Certo é que, como ensinam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, a solução não poderá passar por uma ordem, dirigida ao banco pelo devedor/ordenante, para que se abstenha de proceder ao pagamento, posto que a obrigação que o banco assume perante o beneficiário é, como já vimos, própria e

¹²¹ Com a consequente perda do direito de regresso face ao ordenante/mandante.

¹²² Neste sentido, ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit., loc. cit.*, p. 21; FRANCISCO CORTEZ, *ob.cit., loc. cit.*, p. 601 e MÓNICA JARDIM, *ob. cit., loc. cit.*, p. 327.

autónoma/independente do contrato-base¹²³. Surgiu, então, a questão de saber se (e em que medida) o devedor/ordenante poderia reagir perante uma solicitação irregular ou fraudulenta do beneficiário, e face à inércia do garante, instaurando medidas inibitórias de natureza cautelar destinadas a: impedir o banco garante de entregar ao beneficiário a quantia estipulada ou exigir, posteriormente, ao devedor seu cliente o reembolso¹²⁴; impedir o beneficiário de solicitar ou de receber a referida quantia.

A orientação dominante vai no sentido de considerar admissível o recurso a medidas de natureza cautelar no âmbito da garantia autónoma, pelo menos nos casos de solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta por parte do beneficiário, embora sejam conhecidas posições no sentido da sua inadmissibilidade e que se relacionam, por um lado, com a própria natureza do contrato de garantia autónoma e, por outro, com a tutela cautelar.

Neste sentido, já se argumentou que a natureza e características da garantia autónoma automática não se compadecem com nenhum tipo de intervenção judicial¹²⁵, entendimento que foi liminarmente afastado pela doutrina e jurisprudência internacionais pelo menos quando está em causa uma solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta¹²⁶.

Por outro lado, alguma jurisprudência negou a possibilidade de recurso a medidas cautelares com o fundamento de que o ordenante, ao encarregar o garante de prestar uma garantia bancária automática, renuncia simultaneamente a contestar o pagamento efectuado por este último e a recorrer ao tribunal no sentido de impedir esse pagamento, celebrando com o garante um “*pactum de non petendo*”¹²⁷. Contra esta objecção manifestou-se PORTALE, entendendo que o “*pactum de non petendo*” configura uma evidente ficção e, ainda que se verificasse, sempre cederia uma vez verificada a fraude ou o abuso manifesto do beneficiário¹²⁸. Segundo POULLET, apesar de algumas decisões em contrário, a jurisprudência

¹²³ ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 21.

¹²⁴ Ou de se reembolsar automaticamente debitando o valor por si pago na conta corrente do devedor-garantido, como refere MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 328.

¹²⁵ PLEYER, “*Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel*”, im *Wirtschafts-Wertpapier und Bankrecht*, 1973, p. 24 e 25, *apud* DOHM, “*Les garanties bancaires dans le commerce international*”, Editions Staempfli e Cie SA Berne, 1986, p. 150, *apud* MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 329.

¹²⁶ MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 329.

¹²⁷ FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 193.

¹²⁸ PORTALE, “*Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*”, *loc. cit.*, p. 34.

maioritária considera nula esta cláusula de renúncia prévia por ser contrária à ordem pública, ao menos perante a solicitação abusiva ou fraudulenta do beneficiário¹²⁹. A este respeito diga-se que, ainda que tenha sido convencionado que o ordenante renuncia antecipadamente a recorrer à tutela cautelar em todo e qualquer caso, tal pacto encontrar-se-ia ferido de invalidade, à luz do direito português, por violar o princípio constitucional de acesso à justiça¹³⁰.

Já se defendeu também que o devedor/ordenante não tem legitimidade para requerer uma providência cautelar que iniba o banco de proceder ao pagamento - sempre que este tenha intenção de o fazer apesar de dispor de prova líquida do carácter abusivo ou fraudulento da solicitação do beneficiário - argumentando-se que não existe perigo de dano grave e irreparável para a sua esfera jurídica já que nunca pode sair prejudicado com a execução da garantia. Esta teoria/posição assenta no seguinte entendimento: verificado o carácter abusivo ou fraudulento da execução da garantia o garante, mais do que uma faculdade, tem o dever, enquanto mandatário, de recusar o pagamento da soma objecto da garantia; caso decida efectuar o referido pagamento mesmo perante tal solicitação (o que, como já anteriormente referimos, acontece com alguma frequência) sofrerá a consequência resultante do seu incumprimento contratual¹³¹ que se traduz na perda do direito de reembolso das somas despendidas; ou seja, o pagamento da soma objecto da garantia não é apto a provocar uma lesão grave e dificilmente reparável num qualquer direito do devedor/ordenante. Para os defensores desta teoria, o dano/prejuízo surge num momento posterior à entrega da soma objecto da garantia, concretamente, aquando da pretensão do banco garante em fazer valer o seu direito de reembolso. E é só neste momento que faz sentido falar numa providência cautelar, destinada a impedir o banco de praticar os actos necessários à efectivação do reembolso a que, em circunstâncias normais, teria direito¹³². O garante, perante uma execução

¹²⁹ POULLET, “La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux”, *loc. cit.*, p. 418.

¹³⁰ Segundo os n.ºs 1 e 5 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, “a todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (...)” e “para defesa dos seus direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

¹³¹ Estamos, obviamente, a referir-nos ao contrato de mandato celebrado com o devedor/ordenante.

¹³² PORTALE, “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, *loc. cit.*, p. 44 a 49.

abusiva ou fraudulenta da garantia e ainda que disponha de “prova líquida” da mesma, tem o direito de decidir se paga, ou não, com os seus fundos próprios, sujeitando-se, caso o faça, à perda do seu direito de reembolso face ao ordenante¹³³. Vejamos o que foi dito em sentido contrário.

Para BONELLI¹³⁴, considerando que o garante tem o dever, decorrente da celebração do contrato de mandato, de recusar o pagamento abusiva ou fraudulentamente solicitado, o ordenante tem não apenas o direito de ver confirmado por sentença esse dever a cargo do garante como também o direito de, através de uma medida de natureza cautelar, acautelar o efeito útil da sentença que será proferida na acção tendente à declaração de que o garante tem (ou tinha) o dever de não efectuar a entrega da soma objecto da garantia. PORTALE¹³⁵, por sua vez, argumenta que esta teoria não tem em linha de conta, por um lado, que a *praxe* bancária não se compadece com o pagamento, através de fundos próprios e a título de garantia, de uma quantia que não será reembolsada pelo ordenante e, por outro, que o ordenante ficaria desprotegido naqueles casos em que o garante consegue automaticamente reembolsar-se, por exemplo, debitando o valor entregue ao beneficiário na conta corrente do ordenante, seu cliente. DOHM¹³⁶, por sua vez, defende que a teoria que considera inadmissível o recurso a uma providência cautelar que iniba o garante de pagar a soma objecto da garantia faz com que seja este último a arcar com os riscos decorrentes da solicitação abusiva ou fraudulenta do beneficiário, pondo em causa, desta forma, o equilíbrio de interesses das partes envolvidas em torno da figura da garantia autónoma. A argumentação deste autor assenta fundamentalmente na consideração de que a inadmissibilidade do recurso a uma providência que culmine numa decisão judicial que impeça o garante de pagar a soma objecto da garantia cria grandes dificuldades à relação entre o garante e o beneficiário, pois se o primeiro se confronta, em regra, com enormes dificuldades para explicar ao segundo que, em virtude de uma decisão judicial, está impedido de lhe efectuar o pagamento que é devido (frequentemente) mediante simples interpelação, maiores dificuldades terá no caso de inexistir semelhante decisão

¹³³ FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 191.

¹³⁴ FRANCO BONELLI, *“Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale”*, GIUFFRÈ EDITORE, S.p.A. Milão, 1991, p. 143 e 144.

¹³⁵ PORTALE *“Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”*, *loc. cit.*, p. 44 a 49.

¹³⁶ DOHM, *“Les garanties bancaires dans le commerce international”*, cit., p. 160 e 161 (*apud* MÓNICA JARDIM, *ob.cit.*, *loc. cit.*, p. 334).

judicial. Ou seja, o garante que decida, com base no seu entendimento, recusar a entrega da soma objecto da garantia sem estar “protegido” por uma providência cautelar nesse sentido, corre o risco de vir a ser considerado, especialmente no plano internacional, como uma entidade de credibilidade duvidosa, precisamente o oposto daquilo que se espera de instituições bancárias, as principais emitentes deste tipo de garantias.

Acompanhamos cada uma das posições apresentadas pelos autores acima indicados no sentido da admissibilidade de uma providência cautelar requerida pelo devedor/ordenante com vista a inibir o garante de efectuar o pagamento ao beneficiário, algo pacificamente aceite pela doutrina e jurisprudência¹³⁷ maioritárias. De facto, parece-nos que se trata de uma “válvula de escape” admissível perante a rigidez do regime da autonomia da garantia autónoma e perfeitamente compatível com esta, dadas as circunstâncias excepcionais em que tais medidas podem ser deferidas, como veremos.

Por último, já foi também defendido que a admissibilidade do recurso a uma medida de natureza cautelar no âmbito da garantia autónoma poria em causa a autonomia da garantia face ao contrato-base¹³⁸. Entendemos que esta teoria não procede por razões que se prendem com as situações (excepcionais, diga-se) em que tem sido admitido o recurso a uma providência cautelar por parte do ordenante. Assim, nos casos em que o ordenante sustenta a sua pretensão no facto de o pedido de entrega da soma não ter sido feito de acordo com o estipulado no contrato de garantia não se vislumbra nenhuma interferência no referido princípio da autonomia na medida em que estamos única e exclusivamente a falar de uma excepção relativa ao próprio contrato de garantia. Por outro lado, quando o ordenante invoca o carácter abusivo ou fraudulento da solicitação, apesar de estarmos perante um desvio à regra da autonomia do contrato de garantia face às vicissitudes do contrato-base, esse “desvio” é unanimemente aceite pela doutrina e jurisprudência nacional e internacionais.

¹³⁷ Neste sentido, e a título de exemplo, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2004, processo n.º 04B2883, disponível em www.dgsi.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Novembro de 1998, processo n.º 0048756, disponível em www.dgsi.pt, e o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Fevereiro de 2010, processo n.º 5714/09.7TVLSB.L1-7, igualmente disponível em www.dgsi.pt, dispondo que “*não existe impedimento absoluto a que em relação a uma garantia bancária autónoma seja decretada uma providencia cautelar de natureza inibitória dirigida à entidade bancária e/ou ao beneficiário da garantia no sentido de impedir, respectivamente, a entrega e/ou o recebimento imediato da quantia garantia*”.

¹³⁸ Acerca desta objecção cfr., PORTALE, “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, *loc. cit.*, p. 34.

2. TUTELA CAUTELAR NO CASO DE SOLICITAÇÃO ABUSIVA OU FRAUDULENTA DO BENEFICIÁRIO.

Como referimos no número anterior, é hoje pacificamente aceite o recurso a medidas de natureza cautelar no âmbito da garantia autónoma nos casos de solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta por parte do beneficiário. No entanto, levantaram-se algumas dúvidas na doutrina e jurisprudência relativas à prova a produzir para efeitos de decretamento das citadas medidas cautelares, tendo surgido dois entendimentos contrastantes a respeito desta questão. De um lado estão aqueles que defendem que o recurso a uma providência cautelar só é legítimo na medida em que seria lícita a oposição da excepção de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário, o que significa exigir prova líquida da fraude ou abuso do beneficiário na execução da garantia. Para outros, seguir este entendimento restritivo é pôr em causa a função útil dos procedimentos cautelares, que se fundamentam num juízo perfunctório e sumário da “*probabilidade séria da existência do direito*”¹³⁹ e na ocorrência de graves prejuízos dificilmente reparáveis resultantes do não provimento da medida. A posição adoptada pela doutrina e jurisprudência¹⁴⁰ maioritárias vai no sentido da obrigatoriedade de apresentação de prova líquida e inequívoca da solicitação fraudulenta ou abusiva do beneficiário, ou seja, o mesmo tipo de prova que é exigido no âmbito da excepção de fraude manifesta ou abuso evidente que o garante deve opor ao beneficiário¹⁴¹. O problema que aqui se coloca prende-se com o facto de esta exigência de prova não se afigurar conforme com as leis processuais de muitos ordenamentos jurídicos, segundo as quais, dado o carácter urgente e provisório das medidas em questão, não seria necessária a produção de prova líquida e inequívoca da fraude ou abuso do beneficiário, mas apenas uma prova sumária do direito ameaçado, com base na qual seria feito um juízo de “*probabilidade séria da existência do*

¹³⁹ Servimo-nos aqui do Código de Processo Civil português que dispõe, no n.º 1 do artigo 387.º, que “a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão”.

¹⁴⁰ Na jurisprudência portuguesa, vide a título de exemplo o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Fevereiro de 2010, processo n.º 5714/09.7TVLSB.L1-7, segundo o qual “o decretamento de tais providências cautelares pressupõe ainda a apresentação de prova – inequívoca, pronta, líquida ou irrefutável -, não bastando a formulação de um juízo de verosimilhança semelhante ao que o art. 387º do CPC prescreve para outras situações de *periculum in mora*”.

¹⁴¹ FRANCISCO CORTEZ, *ob.cit.*, *loc. cit.*, p. 603.

direito”. Assim, e como já se afirmou¹⁴², condicionar o deferimento da providência cautelar à apresentação de prova líquida e inequívoca da fraude/abuso do beneficiário, significaria pretender corrigir a lei processual que estabelece a regra da suficiência da prova sumária. Para justificarem esta exigência acrescida da prova a produzir pelo beneficiário, em alguns ordenamentos contrária à própria lei processual, têm os tribunais recorrido àquilo a que chamam uma “*regra restritiva de direito jurisprudencial*” imposta pelas características de segurança, celeridade e eficácia próprias da garantia autónoma e com especial relevância na modalidade de garantia “*on first demand*”¹⁴³.

Entendemos, acompanhando a jurisprudência maioritária nacional¹⁴⁴, que quando a providência cautelar é requerida como forma de obstar a uma solicitação abusiva ou fraudulenta por parte do beneficiário, deve ser exigida a prova líquida, inequívoca, pronta e irrefutável. De facto, defender, como o fizemos, que o garante só tem o dever de recusar a entrega da soma objecto da garantia ao beneficiário se e quando o ordenante¹⁴⁵, mediante uma prova líquida e inequívoca, lhe der a certeza de que o beneficiário, aquando da solicitação da garantia, não tinha qualquer direito decorrente do contrato-base e vir, posteriormente, afirmar a suficiência de prova sumária da probabilidade séria da existência do direito (“*fumus bonus iuris*”) para o deferimento de uma providência cautelar significaria atribuir ao ordenante a possibilidade de obter, por via cautelar, aquilo que o garante não pode obter por via da contestação ao pedido efectuado pelo beneficiário¹⁴⁶. De facto, não podemos nunca olvidar que está em causa o cumprimento de um contrato cuja principal característica é a autonomia. Autonomia essa que não se compadece com o deferimento de providências cautelares com

¹⁴² Como o fizeram HEINZE, MULBERT, DOHM E SCHONLE, segundo informa PORTALE, “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, *loc. cit.*, p. 39, nota 82.

¹⁴³ Como informam FRANCISCO CORTEZ, *ob.cit.*, *loc. cit.*, p. 603, FÁTIMA GOMES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 190 e MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 336.

¹⁴⁴ Que segue a jurisprudências europeia. Na jurisprudência nacional, *vide*, exemplificadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002, processo n.º 02B2818 e de 14 de Outubro de 2004, processo n.º 04B2883, disponíveis em www.dgsi.pt. Os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Novembro de 1998, processo n.º 0048756, de 07 de Maio de 2009, processo n.º 1688/08.0TVLSB-A.L1-6, de 19 de Janeiro de 2010, processo n.º 2720/09.5TVLSB.L1-7, de 23 de Fevereiro de 2010, processo n.º 5714/09.7TVLSB.L1-7 e de 15 de Junho de 2010, processo n.º 989/10.1TVLSB-A.L1-7, todos disponíveis em www.dgsi.pt. E os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Dezembro de 2007, processo n.º 0722393 e de 02 de Outubro de 2008, processo n.º 0835046, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁴⁵ A menos que o banco consiga, ele próprio, identificar um comportamento abusivo ou fraudulento por parte do beneficiário da garantia.

¹⁴⁶ Acompanhamos MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 337.

base numa prova meramente sumária, mediante a qual o juiz pudesse fazer um simples juízo de probabilidade, ainda que estes sejam os requisitos estabelecidos na maioria dos ordenamentos jurídicos.

Quando estamos perante um garantia autónoma na modalidade de garantia “*on first demand*” este requisito “adicional” de apresentação de prova líquida e inequívoca é, desde logo, perfeitamente justificável¹⁴⁷. Efectivamente, a garantia com cláusula “*on first demand*” ou “à primeira solicitação” é isso mesmo: à primeira solicitação ou interpelação do beneficiário. Sob pena de total inversão da configuração normal da garantia com este tipo de cláusula, com prejuízo para a utilidade que pode extrair-se da mesma, deve ser encarada, como literalmente o indica a respectiva designação, como instrumento que, uma vez accionado pelo credor, permite obter do garante uma resposta imediata, que se traduz na entrega da soma objecto da garantia, a qual não poderá ser paralisada por alegações mais ou menos fundadas respeitantes ao contrato subjacente ou ao relacionamento entre o beneficiário e o ordenante. Servindo-nos do Acórdão do STJ de 12-09-06, processo n.º 06A2211, disponível em www.dgsi.pt, “*a automaticidade da garantia só cede se o beneficiário estiver, inequívoca e claramente, de má fé em qualquer das modalidades deste conceito normativo. Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à primeira solicitação que só viriam a ser pagas após longa controvérsia, quando existem, precisamente, para evitar dilações, deve ser-se muito restritivo e exigente na demonstração da quebra pelo beneficiário, dos deveres acessórios de conduta como a boa fé.*”. Como vimos, o garante só tem o dever de recusar a entrega da soma objecto da garantia ao beneficiário se e quando o ordenante, mediante uma prova líquida e inequívoca, lhe der a certeza de que o beneficiário, aquando da solicitação da garantia, não tinha qualquer direito decorrente do contrato-base. Ora, este entendimento é precisamente o mesmo que deve presidir a situações em que o dador da garantia solicitou a intervenção do tribunal pedindo que, provisoriamente, se assumia a ilegitimidade da actuação do beneficiário no que respeita à execução da garantia. Tal como ocorre nas relações jurídicas extrajudiciais, também no âmbito de procedimentos cautelares intentados pelo dador da garantia contra o beneficiário e/ou contra o garante, para obstar à sua execução, o tribunal não pode deixar de se orientar pelo referido critério restritivo, que faça jus à natureza autónoma da garantia e ao seu carácter

¹⁴⁷ Como, aliás, também o é no caso da garantia autónoma “simples”, sendo porém mais facilmente compreensível a sua exigência nos casos de garantia autónoma automática dada essa mesma automaticidade.

“*on first demand*”, de modo que o decretamento de qualquer providência inibitória deve ser reservado para a alegação e prova de circunstâncias concretas que traduzam a fraude manifesta ou o abuso evidente do beneficiário.

Perante tudo quanto foi dito, compreende-se o carácter verdadeiramente excepcional dos casos em que é admissível o recurso a medidas de natureza cautelar que - em virtude da segurança do comércio jurídico e da necessidade de compatibilizar os diversos valores e num juízo de proporcionalidade e de razoabilidade -, devem ser reduzidos ao mínimo. Por um lado, devem situar-se numa estreita faixa delimitada pelas regras da boa fé ou da proibição do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente envolvendo fraudes ou falsificações de documentos. Por outro, os factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respectivos requisitos substanciais. Em jeito de conclusão, podemos acrescentar que “*o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excepcionais, decalcadas dos casos de recusa legítima da prestação. Deste modo, o depoimento do dador e a prova testemunhal são insuficientes. A chamada prova líquida é indispensável*”¹⁴⁸.

3. TIPOS DE PROVIDÊNCIAS CAUTELARES REQUERIDAS PELO DEVEDOR/ORDENANTE.

3.1. *Providência cautelar destinada a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ou que o iniba de exigir o reembolso.*

Em virtude da celebração do contrato de mandato, cujas partes são o devedor do contrato-base e o garante, este último encontra-se vinculado, com vimos, a um dever de protecção da esfera jurídica do seu mandante, dever esse que se traduz na obrigação de recusar o pagamento da quantia pecuniária face a uma solicitação desconforme com os termos do contrato de garantia ou quando tal solicitação se traduza num abuso de direito por parte do beneficiário e o garante

¹⁴⁸ DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 460.

possua prova pronta e líquida de tal abuso. Acontece, porém, como também já vimos, que mesmo nos casos em que os bancos verificam que têm o dever de não pagar enquanto mandatários, optam por efectuar a referida entrega da soma ao beneficiário, em nome da sua reputação internacional. Quando assim sucede, o mandante pode requerer uma providência de natureza cautelar que iniba o banco de entregar a soma pré-determinada por sua conta¹⁴⁹, ou que o impeça de lhe exigir o reembolso, procurando, assim, como é próprio da *ratio* das medidas de natureza cautelar, “evitar o denominado *periculum in mora*, ou seja, o prejuízo da demora inevitável da acção principal”¹⁵⁰ tendente à declaração de que o garante tem (ou tinha) o dever de não pagar a soma objecto da garantia.

Resta acrescentar que as providências a propor contra o garante devem, em regra, (e na prática são, como pudemos constatar na análise da jurisprudência nacional) ser requeridas após a solicitação na medida em que só então se poderá verificar se existe uma obrigação de pagamento a cargo do garante e, conseqüentemente, se o ordenante/mandante está ou não obrigado a reembolsar o banco pelos montantes despendidos na execução do mandato. Ainda assim, a providência requerida antes da solicitação obterá provimento caso o ordenante esteja em condições de provar que não é devedor no âmbito do contrato-base e que o beneficiário tenciona executar a garantia¹⁵¹.

3.2. Providência cautelar destinada a impedir o beneficiário de solicitar ou de receber a soma objecto da garantia.

A questão de saber se o ordenante pode recorrer a uma providência cautelar contra o beneficiário, impedindo-o de solicitar ou de receber a soma objecto da garantia, afigura-se algo complexa, complexidade essa que se prende com as relações jurídicas que gravitam em torno da figura da garantia autónoma. Assim é, na medida em que, se por um lado, entre o

¹⁴⁹ Mesmo nos casos em que é requerida uma providência cautelar que iniba o garante de efectuar o pagamento e esta seja deferida, não está vedado ao garante todo e qualquer pagamento mas apenas “*il pagamento della garanzia a carico del mandante*” nas palavras de PORTALE, “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, in: *BBTC*, 1988, I, p. 23.

¹⁵⁰ PAIS DE AMARAL, “*Direito Processual Civil*”, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

¹⁵¹ DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 461.

ordenante e o beneficiário existe uma relação jurídica derivada do contrato que se visa garantir, em virtude da qual nasce na esfera jurídica do beneficiário/credor o dever, derivado da boa fé, de abster-se de comportamentos susceptíveis de causar danos no património da contraparte, por outro, o ordenante/devedor é um terceiro face ao contrato de garantia em que são partes o garante e o beneficiário. Para BONELLI¹⁵² a solução passa pela seguinte ordem de ideias: nos casos em que o beneficiário não tem direito a executar a garantia porque actuou (ou actuará) abusivamente ao solicitá-la, deve ser reconhecida ao devedor do contrato-base a possibilidade de requerer uma medida cautelar contra o primeiro; quando o beneficiário não tem direito a executar a garantia porque a solicitação não foi feita devidamente, ou seja, nos termos do contrato de garantia, não deve ser reconhecida ao devedor do contrato-base tal possibilidade. Como justificação argumenta que, em relação à primeira situação, uma vez admitida ao devedor a possibilidade de intentar uma acção contra o beneficiário, visando a declaração de inexistência de um qualquer direito deste último, face a si, decorrente do contrato-base, deve consequentemente ser reconhecida ao devedor a possibilidade de lançar mão de uma medida cautelar contra o beneficiário, destinada a assegurar o efeito útil da decisão que vier a ser proferida em sede de acção declarativa a intentar como acção principal. Porém, já não é reconhecida ao devedor a possibilidade de intentar contra o beneficiário uma acção com vista à declaração de que este último não tem direito a receber a quantia pecuniária previamente estipulada, por não ter regularmente solicitado a dita quantia, posto que o devedor, não sendo parte na relação material controvertida, carece de legitimidade para intentar tal acção, logo, carecendo igualmente de legitimidade para desencadear o procedimento cautelar.

Acompanhamos o entendimento de BONELLI que demonstra bem a característica principal e sempre presente da garantia autónoma: a autonomia entre as várias relações jurídicas que “gravitam” em torno desta figura.

¹⁵² FRANCO BONELLI, *“Le garanzie bancaire a prima domanda nel commercio internazionale”*, loc. cit., p. 156 a 159.

CONCLUSÃO

A primeira conclusão que podemos extrair da análise do presente trabalho consubstancia-se no entendimento de que é a autonomia, característica essencial da garantia que mereceu o nosso estudo, que explica a sua frequente utilização e enorme popularidade. Tendo surgido em virtude das necessidades do comércio, em especial do exigente comércio no plano internacional, a garantia autónoma é aquela que a este melhor se adequa porque tem na sua *ratio* os princípios por que o mesmo se pauta: segurança, eficácia e celeridade. A autonomia que caracteriza a figura, traduzindo-se essencialmente na independência da obrigação do garante em relação à obrigação que visa garantir e na consequente inoponibilidade, pelo garante ao beneficiário, das excepções decorrentes da relação de base, não é, porém, absoluta. Nem mesmo naqueles casos em que é estipulada a cláusula de pagamento “*on first demand*” que confere um grau mais intenso de autonomia à garantia autónoma.

A questão dos limites à autonomia colocou-se a partir do momento em que foram observados, ao abrigo da própria autonomia e, quando estipulada, da automaticidade, certos comportamentos abusivos e fraudulentos por parte dos beneficiários, solicitando a soma objecto da garantia quando nenhum direito lhes assiste por não se ter verificado o evento que legitima o pagamento da garantia.

O principal problema que esta questão suscita é o de saber quais são, em rigor, esses limites que, pondo em causa a autonomia, não são, no entanto, suficientes para atentar contra a génese da figura, sendo hoje unanimemente admitida pela doutrina e jurisprudência a possibilidade do banco recusar a prestação (autónoma, independente, própria) a que se vinculou perante o beneficiário invocando as excepções derivadas do próprio contrato de garantia bem como a excepção de fraude manifesta ou abuso evidente e a de ilicitude da causa do contrato-base. No caso específico de fraude manifesta ou abuso evidente por parte do beneficiário, aquele sobre o qual mais detalhadamente nos debruçámos, demonstrámos que esta excepção não é, ela própria, absoluta, só podendo ser invocada em casos limite, quando o

carácter abusivo ou fraudulento da solicitação seja inequívoco, exigindo a jurisprudência prova líquida e pronta dessa fraude/abuso manifestos por parte do beneficiário.

Defendemos que, mais do que uma possibilidade, o garante tem o dever, enquanto mandatário, de recusar o pagamento da soma objecto da garantia, nos casos de solicitação irregular e de solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta por parte do beneficiário da garantia objecto do presente estudo e dissemos que, essencialmente por razões que se prendem com a sua credibilidade, acontece, na prática, que mesmo nestes casos os bancos optam por efectuar a referida entrega da soma ao beneficiário. Perante esta factualidade, admitiu-se, embora não sem larga controvérsia, a possibilidade do devedor/ordenante instaurar medidas inibitórias de natureza cautelar destinadas a impedir o banco garante de entregar ao beneficiário a quantia estipulada ou exigir, posteriormente, ao devedor seu cliente o reembolso e/ou impedir o beneficiário de solicitar ou de receber a referida quantia.

Considera a maioria da doutrina e jurisprudência que o recurso a uma providência cautelar só é legítimo na medida em que seria lícita a oposição da excepção de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário, o que significa exigir prova líquida da fraude ou abuso do beneficiário na execução da garantia. Ora, como oportunamente referimos, esta exigência de prova não se afigura conforme com as leis processuais de muitos ordenamentos jurídicos, como é o caso do ordenamento jurídico português, segundo o qual, dado o carácter urgente e provisório das medidas em questão, não seria necessária a produção de prova líquida e inequívoca da fraude ou abuso do beneficiário, mas apenas uma prova sumária do direito ameaçado, com base na qual seria feito um juízo de “*probabilidade séria da existência do direito*”, de acordo com o n.º 1 do artigo 384.º e n.º 1 do artigo 383.º do CPC. Para justificarem esta acrescida exigência de prova a produzir têm os tribunais recorrido àquilo a que chamam uma “*regra restritiva de direito jurisprudencial*” imposta pelas características de segurança, celeridade e eficácia próprias da garantia autónoma.

Pensamos que no âmbito da tutela cautelar no âmbito da garantia autónoma não é suficiente a verificação da probabilidade séria da existência do direito baseada em prova sumária apresentada pelo devedor/ordenante, pela já referida razão de que admitir o contrário significaria atribuir ao ordenante a possibilidade de obter, por via cautelar, aquilo que o

garante não pode obter por via da contestação ao pedido efectuado pelo beneficiário. Pensamos que, atenta a especial natureza (autónoma) da garantia, o deferimento de uma providência cautelar deve estar condicionado à alegação e prova, por parte do devedor/ordenante, do direito de exigir a não execução da garantia bancária, mediante a prova líquida, inequívoca e pronta do abuso ou fraude do beneficiário, impedindo desse modo o seu pagamento pelo garante e, ainda, da alegação e prova do justificado receio de lesão grave e dificilmente reparável desse direito. Por outras palavras, o grau de segurança exigível não se basta com o juízo de mera verosimilhança que caracteriza o decretamento de medidas de natureza cautelar não especificadas, exigindo-se um juízo perfeitamente seguro de forma a não desvirtuar a figura da garantia autónoma, retirando-lhe a utilidade prática e o lugar de destaque que conquistou, muito devido à sua característica principal: a autonomia.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de – “*Direito processual civil*”, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.
- BRANCO, Manuel Castelo – “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1993.
- BASTOS, Miguel Brito – “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma *on first demand*”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Coimbra Editora, 2010.
- BONELLI, – “Le garanzie bancaire nel commercio internazionale”, in: *Diritto del Commercio Internazionale*, 1, GIUFFRÈ EDITORE, 1987.

– “*Le garanzie bancaire a prima domanda nel commercio internazionale*”, GIUFFRÈ EDITORE, S.p.A. Milão, 1991.
- CORDEIRO, António Menezes – “*Manual de direito bancário*”, 3ª Edição, Coimbra Almedina, 2006.

– “*Da Boa Fé no Direito Civil*”, I, Coimbra, Almedina, 1984.

– “*Tratado de Direito Civil Português*”, I, Tomo I, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005.
- CORREIA, Ferrer – “Notas para o estudo do contrato de garantia bancária”, in: *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, nº 2.
- CORTEZ, Francisco – “A garantia bancária autónoma- alguns problemas”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992.
- COSTA, Mário Júlio Almeida e MONTEIRO, Pinto – “Garantias bancárias o contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)”, in: *Separata da Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, T. V, 1986.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário – “Garantias bancárias autónomas – breves reflexões”, in: *Jure et de jure nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP- Porto*, 1998.

- GOMES, Manuel Januário da Costa – “*Estudos de Direito das Garantias – Vol. I*”, Coimbra, Almedina, 2004.

– “*Assunção Fidejussória de Dívida*”, Coimbra, Almedina, 2000.
- GOMES, Maria de Fátima Morais – “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, in: *Direito e Justiça*, vol. VIII, tomo 2, 1994.
- HORN, Norbert / WYMEERSCH, Eddy – ““*Bank guarantees, standby letters of credit and performance bonds in international trade*”, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- JARDIM, Mónica – “*A garantia autónoma*”, Coimbra, Almedina, 2002.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes – “*Garantias das obrigações*”, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

– “*Direito das obrigações*”, vol.I, 6ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007.

– “*Direito das obrigações*”, vol. III, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006.
- LIMA, Pires de / VARELA, Antunes – Código Civil Anotado, vol. I, 4ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1987 e vol. II, 4ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1987.
- MARTINEZ, Pedro Romano – “Garantias bancárias”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Inocência Galvão Telles*, vol. II, Direito Bancário.
- MARTINEZ, Pedro Romano/PONTE, Pedro Fuzenta – “*Garantias de cumprimento*”, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006.
- MENDES, Evaristo – “Garantias bancárias. Natureza (Jurisprudência crítica)”, in: *Separata de Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Outubro-Dezembro, 1995.
- PATRICIO, José Simões – “Preliminares sobre a garantia bancária on first demand”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1983.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – “Garantia bancária autónoma”, in: *Revista da Ordem dos advogados*, 1992, vol. II.

- PORTALE, Giuseppe – “Fideiussione e garantievertrag nella prassi bancaria”, in: *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale (profili comparatistici)*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

– “Le garanzie bancaire internazionali (questioni)”, in: *BBTC*, 1988, I.

– “Nuovi sviluppi del contratto autónomo di garanzia”, in: *BBTC*, 1985, I.
- POULLET, Yves – “La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux”, in: *BBTC*, 1982, I.
- RIBEIRO, António Sequeira, – “A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: Algumas Questões”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Direito Bancário.
- SILVA, João Calvão da – “*Estudos de Direito Comercial – (Pareceres)*”, Almedina, Coimbra, 1996.
- TELLES, Inocêncio Galvão – “*Garantia bancária autónoma*”, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, 1991.
- VARELA, João de Matos Antunes – “*Das obrigações em geral*”, vol. II, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006.

TABELA DE ABREVIATURAS

- BBTC – Banca, Borsa e Titoli di Credito
- CC – Código Civil
- CCI – Câmara de Comércio Internacional
- CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
- CPC – Código de Processo Civil
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- Nr.º – Número
- ROA – Revista da Ordem dos Advogados
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça